ANALELE ȘTIINȚIFICE

ALE

UNIVERSITĂȚII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI

(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXVIII/I, 2022

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. Marius Nicolae BALAN
Conf. dr. Ioana Maria COSTEA
Lect. dr. Mihai DUNEA
Asist. dr. Despina Martha ILUCĂ
Lect. dr. Carmen MOLDOVAN
Conf. dr. Septimiu Vasile PANAINTE
Lect. dr. Nicolae-Horia Țiț

Dezvoltare pagină WEB: Ciprian ICHIM

Volumul are la bază lucrările Conferinței naționale -
Zilele Universității "Alexandru Ioan Cuza" din Iași,
Sesiunea de comunicări științifice a Facultății de Drept 2021,
cu tema „Ipostaze ale principiului legalității în dreptul național și european".
Organizarea conferinței a fost coordonată de
Ioana Maria Costea, Mihai Dunea și Nicolae-Horia Țiț.

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

Legalitate echivocă în comerțul internațional cu date
Carmen Tamara Ungureanu **7**

Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!
Radu Bogdan Bobei **35**

Aspecte jurisprudențiale privind relațiile personale dintre copil și părinții săi
Lucia Irinescu **71**

Principiul legalității operelor autorului
Nicoleta Rodica Dominte **85**

Extinderea pragului valoric al procedurii românești a cererilor cu valoare redusă
Cosmin Dariescu **95**

Principiul legalității și manifestările acestuia în domeniul insolvenței. Delimitări teoretice și aspecte practice
Claudia Antoanela Susanu **107**

Atunci când 1+1+1 = 1 în cazul preempțiunii areandașului
Codrin Macovei **129**

O posibilă problemă de legalitate a procedurii de executare silită: prorogarea competenței executorului judecătoresc
Nicolae-Horia Țiț **145**

Considerații cu privire la legalitatea prețului în produse și servicii în contractele de publicitate comercială
Aura-Elena Amironesei **165**

Ipostaze ale principiului legalității în materia cauzelor de încetare a contractului de licență – Privire asupra cazului expirării brevetului de invenție
Ramona Daniela Stângaciu **175**

Ianus Quadrifrons, păzitor neiscusit al legalității în materia impunerii persoanei fizice
Ioana Maria Costea **191**

Legalitatea și legitimitatea folosirii forței în dreptul internațional
Carmen Moldovan **207**

Consolidarea principiilor care asigură realizarea drepturilor copiilor în mediul digital
Luiza Cristina Gavrilescu **227**

Considerații privind abordarea discriminărilor în dreptul român, în trecut și în prezent
Emanoil Corneliu Mogîrzan **243**

Legalitatea incriminării. Abordarea Curții Europene a Drepturilor Omului
Răzvan-Horațiu Radu **261**

Stabilirea creanțelor fiscale în contextul digitalizării administrației fiscale
Maria-Eliza Galan **271**

Impunerea asupra redevențelor în context național și european
Andreea Iuliana Racu (căs. Prisacariu) **281**

Necesitatea incriminării faptelor care aduc atingere genomului uman
Alexandru Mariț, Lilia Pîslaru **295**

Principiul legalității – garanție juridică a respectării legii procesual-penale a Republicii Moldova și României
Lucia Rusu **305**

Contractul ca izvor al poziției de garant și principiul legalității incriminării
Cristina Nicorici **317**

Despre principiul legalității în activitatea judecătorului de instrucție în legislația Republicii Moldova
Vasile Popa **329**

Legalitatea procesului penal – consecințele încălcării articolului 311 alineatul (1) din Codul de procedură penală
Ionela Antoaneta Bleahu **353**

Legalitatea pedepsei din perspectiva cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală
Marian Mădălin Pușcă, Manuela Maria Nechita (căs. Pușcă) **363**

Table of contents

Equivocal Legality in International Data Trade
Carmen Tamara Ungureanu **7**

Taking (Public) Transnational Law Seriously!
Radu Bogdan Bobei **35**

Jurisprudential Aspects regarding the Personal Relations between the Child and his Parents
Lucia Irinescu **71**

The principle of Legality of the Author's Works
Nicoleta Rodica Dominte **85**

Extension of the Value Threshold of the Romanian Small Claims Procedure
Cosmin Dariescu **95**

The principle of Legality and its Manifestation in the Field of insolvency. Theoretical Delimitations and Practical Issues
Claudia Antoanela Susanu **107**

When 1+1+1 = 1 in the Case of Pre-emption of the Tenant Farmer
Codrin Macovei **129**

A Potential Legality Problem of the Enforcement Procedure: the Prorogation of Jurisdiction in the Case of the Bailiff
Nicolae-Horia Țiț **145**

Consideration on the Lawfulness of a Price Established in Products and Services in Advertising Contracts
Aura-Elena Amironesei **165**

Hypostases of the Principle of Legality regarding the Termination of the Licensing Agreement – A look upon the Case of Patent Expiration
Ramona Daniela Stângaciu **175**

Janus Quadrifrons, Underserved Guardian of Legality in matter of Personal Taxation
Ioana Maria Costea **191**

The Use of Force in International Law between Legality and Legitimacy
Carmen Moldovan **207**

Strengthening the Principles that Ensure Realization of Children's Rights in the Digital Environment
Luiza Cristina Gavrilescu **227**

Remarks on the Tackling of the Discriminations in Romanian Law, in the Past and in the Present
Emanoil Corneliu Mogîrzan **243**

Legality of Criminalization. Approach of the European Court of Human Rights
Răzvan-Horațiu Radu **261**

Tax Collection in Context of Digital Administration
Maria-Eliza Galan **271**

Taxation of Royalties, National and European Perspectives
Andreea Iuliana Racu (căs. Prisacariu) **281**

The Necessity of Criminalizing Acts against Human Genome
Alexandru Mariț, Lilia Pîslaru **295**

The Principle of Legality – A Legal Guarantee of Compliance with the Criminal Procedure Law of the Republic of Moldova and Romania
Lucia Rusu **305**

The Contract as a Source of the Duty to Act and the Principle of Legality
Cristina Nicorici **317**

About the Principle of Legality in the Activity of the Instruction Judge in the Legislation of the Republic of Moldova
Vasile Popa **329**

Lawfulness of the Criminal Proceedings – the Consequences of the Infringement of Article 311 Paragraph (1) of the Criminal Procedure Code
Ionela Antoaneta Bleahu **353**

Legality of the Punishment from the Perspective of the Case of Cassation provided by Art. 438 Paragraph (1) Point 12 of the Code of Criminal Procedure
Marian Mădălin Pușcă, Manuela Maria Nechita (căs. Pușcă) **363**

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-1

Legalitate echivocă în comerțul internațional cu date

Equivocal Legality in International Data Trade

CARMEN TAMARA UNGUREANU[1]

Rezumat: Pentru a prezenta diferitele „fețe” ale legalității în comerțul internațional cu date vom clarifica, mai întâi, noțiunea de date și tipurile acestora. Va fi stabilit, apoi, regimul juridic al datelor în dreptul național și european. În final, va fi abordată problema *broker*-ului de date, a rolului lui și a legalității activității acestuia în comerțul internațional cu date.

Cuvinte-cheie: date, comerț internațional cu date, GDPR, broker de date

Abstract: With the aim of presenting the different "faces" of legality in international data trade, we will first clarify the notion of data and their types. The legal status of data in national and European law will then be discussed. Finally, the issue of the data broker, its role and the legality of its activity in international data trade will be addressed.

Keywords: data, international data trade, GDPR, data broker

Introducere

În contextul evoluției tehnologice, a globalizării și a omniprezenței Internetului, are loc o „explozie” de informații, care sunt canalizate spre noi modele de *business*. Industria datelor este o afacere prosperă care are ca materie primă datele. Datele sunt valoroase, de aceea nu este surprinzător că întreprinderile se specializează în culegerea și prelucrarea datelor (personale și nepersonale) pentru a le comercializa persoanelor interesate[2].

Care sunt limitele legalității în sfera comerțului cu date? Natura datelor joacă vreun rol în determinarea legalității contractelor având ca obiect date?

---

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

[*] O versiune a acestei lucrări a fost publicată în volumul autoarei, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, pp. 103-125.

[2] L. Trakman, R. Walters, B. Zeller, *Trade in Personal Data: Extending International Legal Mechanisms to Facilitate Transnational Trade in Personal Data?,* în European Data Protection Law Review, vol. 6, nr. 2/2020, p. 2, https://doi.org/10.21552/edpl/2020/2/10.

Pentru a prezenta diferitele fațete ale legalității în comerțul internațional cu date vom clarifica, mai întâi, noțiunea de date și tipurile acestora. Va fi stabilit, apoi, regimul juridic al datelor în dreptul național și european, evidențiind faptul că profesioniștii implicați în acest tip de comerț trebuie să aibă în vedere, dincolo de natura datelor, și temeiul juridic al comercializării datelor. În final, va fi abordată problema *broker*-ului de date, a rolului lui și a legalității activității acestuia în comerțul internațional cu date.

1. Date și tipuri de date

Datele sunt considerate noul „petrol" al erei digitale[3]. Ca orice materie primă, după ce sunt prelucrate, rafinate, analizate, „alimentează" noua economie, care se bazează pe date[4]. *Datele digitale*[5] au devenit una dintre cele mai importante componente ale comerțului electronic online[6], indiferent de natura și proveniența lor.

1.1. Ce reprezintă datele?

Datele sunt definite în moduri multiple. La nivelul Uniunii Europene (în continuare, UE), datele sunt privite prin prisma *Information Technology Vocabulary of the ISO/IEC*[7] și sunt considerate a fi o „reprezentare reinterpretabilă a informațiilor într-un mod formalizat și adecvat comunicării, interpretării sau prelucrării". „Datele pot fi create/editate de persoane sau generate de mașini/senzori, de multe ori ca *produs secundar*"[8].

Datele pot fi definite, de asemenea, în raport cu noțiunile de *informație* și *cunoaștere*. Astfel, informațiile reprezintă date procesate/prelucrate în scopul creșterii utilității lor, iar cunoașterea înseamnă atribuirea de semnificații datelor

[3] L. Chrobak, *Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law*, p. 254, în M. Bakhoum et al. (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Springer, Germany, 2018, https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_10.

[4] G. Shaffer, *Trade Law in a Data-Driven Economy: The Need for Modesty and Resilience*, în World Trade Review, vol. 20, nr. 3/2021, p. 259, https://doi.org/10.1017/S1474745621000069.

[5] În această lucrare vor fi avute în vedere, în principal, datele digitale.

[6] L. Chrobak, *op. cit.*, p. 254.

[7] [Online] la: https://www.iso.org/standard/63598.html, accesat 15.10.2021.

[8] Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, *Către o economie de succes bazată pe date* {SWD (2014) 214 final}, p. 4, [Online] la: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=GA, accesat 15.11.2021.

pentru a dobândi noi informații[9]. Altă definiție dată datelor este legată de utilitatea lor pentru funcționarea computerelor: datele sunt informații codate ce pot fi citite de „mașini”[10].

Frecvent, *datele sunt considerate informații*[11]. Dar ce sunt informațiile? Noțiunea de informație are o accepțiune complexă; informațiile iau multiple forme și au multe sensuri[12], pot fi asociate cu diferite explicații, în funcție de perspectiva adoptată și cerințele și dezideratele avute în vedere[13].

Unii autori[14] identifică drept date informațiile privite atât în sens *sintactic*, cât și *semantic*. Pentru a înțelege diferența dintre ele, a fost luat ca exemplu mesajul criptat[15]: când un anumit conținut este criptat printr-o tehnică de criptare (de exemplu, prin utilizarea *Caesar Cipher*[16]) respectivul conținut este o informație în sens *sintactic*, care nu are nici un înțeles (este o succesiune de litere/semne fără sens), adică, în sens semantic nu este informație. Dobândește,

[9] I. Stepanov, *Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right – an evaluation*, în International Review of Law, Computers & Technology, vol. 34, nr. 1/2020, p. 67, https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1631621, [Online] la: https://www.tandfonline.com/, accesat 14.11.2021.

[10] H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, în A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market, Implications of the Digital Revolution*, p. 53, Cambridge, Intersentia, 2016, https://doi.org/10.1017/9781780685212.

[11] J. A. Castillo Parrilla, *The Legal Regulation of Digital Wealth: Commerce, Ownership and Inheritance of Data*, în European Review of Private Law, Vol. 29, nr. 5/2021, p. 818, Kluwer Law International.

[12] În Dicționarul explicativ al limbii române (DEX) din 2009, informație înseamnă: “1. Comunicare, veste, știre care pune pe cineva la curent cu o situație. 2. Lămurire asupra unei persoane sau asupra unui lucru; totalitatea materialului de informare și de documentare; izvoare, surse. 3. Fiecare dintre elementele noi, în raport cu cunoștințele prealabile, cuprinse în semnificația unui simbol sau a unui grup de simboluri (text scris, mesaj vorbit, imagini plastice, indicație a unui instrument etc.). ◊ *Teoria informației* = teoria matematică a proprietăților generale ale surselor de informație, ale canalelor de transmisie și ale instalațiilor de păstrare și de prelucrare a informațiilor. 4. (Biol.; în sintagma) *Informație genetică* = totalitate a materialului genetic dintr-o celulă capabilă să creeze secvențe de aminoacizi care, la rândul lor, formează proteine active.”.

[13] L. Floridi, *Information: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2010, p. 1 și urm.

[14] H. Zech, *op. cit.*, pp. 53-54.

[15] M. Durovic, M. Montanaro, *Data Protection and Data Commerce: friends or foes?*, European Review of Contract Law, vol. 17, nr. 1/ 2021, pp. 3-4, https://doi.org/10.1515/ercl-2021-0001, [Online] la: https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl-2021-0001/html, accesat 21.11.2021.

[16] [Online] la: https://www.geeksforgeeks.org/caesar-cipher-in-cryptography/, accesat 21.11.2021.

însă, sens prin decriptare și atunci conținutul devine informație și în sens semantic[17].

Și datele cu caracter personal, în accepțiunea GDPR[18], sunt considerate tot informații. *Datele cu caracter personal* înseamnă *orice informații* privind o *persoană fizică* identificată sau identificabilă [art. 4.1 GDPR]. Persoana fizică este o sursă importantă de informații. Aceasta intră într-o multitudine de raporturi, frecvent internaționale, care conduc la colectarea, utilizarea, prelucrarea și transferul datelor ei cu caracter personal de către entități de stat sau private ori de către alte persoane fizice.

Datele pot fi personale sau nepersonale, dar de cele mai multe ori sunt mixte (personale și nepersonale) și sunt combinate în seturi de date.

1.2. Tipuri de date

Datele pot fi clasificate, în principal, în funcție de două criterii: de sursa lor de proveniență și de natura lor.

1.2.1. Tipuri de date în funcție de proveniență

Datele pot avea diverse izvoare/surse. În funcție de *sursă*, acestea pot fi grupate, în principal, în trei categorii[19]:

- date colectate de organisme publice, care sunt *open data (date deschise)*, personale sau nepersonale;

- date furnizate în mod *voluntar* de utilizatori, consumatori, profesioniști pe platforme online sau când utilizează alte servicii bazate pe IT (*Information Technology*);

- date care sunt *generate/create*, de exemplu, prin intermediul *cookies*[20], al furnizorului de Internet, date medicale ale pacienților, date care provin din

[17] Pentru o analiză detaliată, L. Floridi, *Is Semantic Information Meaningful Data?* în Phisolophy and Phenomenological Research, vol. 70, nr. 2/2005, pp. 351-370, https://doi.org/10.1111/j.1933-1592.2005.tb00531.x, [Online] la: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1933-1592.2005.tb00531.x, accesat 21.11.2021.

[18] Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1, 4.5.2016.

[19] B. Lundqvist, *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet-of-Things World: The Issue of Accessing Data*, p. 192, în M. Bakhoum, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach*?, Editura Springer, ebook, 2018.

[20] S.R. Tataru, *Internet Cookies - fișierele cu răvaș juridic*, în Analale Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Tomul LXVI/Supliment, Științe Juridice, 2020, pp. 31-58, [Online] la: http://pub.law.uaic.ro/ro/volume-publicate/2020/anale-uaic-

utilizarea produselor *smart* sau IoT (*Internet of Things*), *eCall*[21], etc. În această categorie intră, de regulă, așa numitele *Big Data.*

Ce înseamnă open data? Potrivit Directivei (UE) 2019/1024 privind datele deschise și reutilizarea informațiilor din sectorul public[22] (în continuare, Directiva *Open Data*), conceptul *open data* sau *date deschise* este înțeles, în general, ca desemnând datele în format deschis care pot fi liber utilizate, reutilizate și partajate de oricine în orice scop, privat sau nu, comercial sau necomercial[23] și care provin din documentele deținute de organismele din sectorul public, de organismele de drept public și de întreprinderile publice, așa cum sunt definite în directivă[24]. De exemplu, ANCPI (Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară) oferă extrase de carte funciară contra unei sume de 20 lei/imobil[25]; extrasele de carte funciară au ca scop informarea cu privire la situația cadastral - juridică a imobilelor, conținând informații cu privire la suprafața imobilului și descrierea acestuia, la dreptul de proprietate și eventualele sarcini existente asupra imobilului.

Ce înseamnă Big Data? Definiția *Big Data* din literatura de specialitate este destul de imprecisă. O definiție larg acceptată[26] ia în considerare caracteristicile esențiale are *Big Data* sau cei 5 V: *Volume* (volum mare de seturi de date), *Veracity* (credibilitatea datelor, având în vedere că marea lor majoritate sunt

tomul-lxvi-tiine-juridice-supliment/tefan-rzvan-tataru-internet-cookies-fiierele-cu-rva-juridic, accesat 26.11.2021.

[21] Conform art. 3.1 din *Regulamentul eCall* [Regulamentul (UE) 2015/758 al Parlamentului European și al Consiliului din 29 aprilie 2015 privind cerințele de omologare de tip pentru instalarea sistemului eCall bazat pe serviciul 112 la bordul vehiculelor și de modificare a Directivei 2007/46/CE, JO L 123/77 din 19 mai 2015], „sistem eCall bazat pe serviciul 112 instalat la bordul vehiculului" înseamnă un sistem de urgență, compus din echipamentul instalat la bordul vehiculului și din mijloacele de declanșare, de gestionare și de efectuare a transmisiei eCall, care este activat fie automat prin intermediul unor senzori de la bordul vehiculului, fie manual, care transmite, prin intermediul rețelelor publice de comunicații mobile fără fir, un set minim de date și stabilește un canal audio bazat pe serviciul 112 între pasagerii vehiculului și un PSAP eCal.".

[22] Directiva (UE) 2019/1024 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 iunie 2019 privind datele deschise și reutilizarea informațiilor din sectorul public (reformare), JO L172, 26.6.2019, cu termen de transpunere în legislațiile naționale ale statelor membre 17 iulie 2021.

[23] Considerentul 16 din directivă.

[24] Art. 2.1, 2.2, 2.3. din directivă.

[25] Informație disponibilă [Online] la: https://epay.ancpi.ro/epay/ SelectProd.action?prodId=1420, accesat 18.10.2021.

[26] D. Gervais, *Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law*, în Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC), nr. 10/2019, p. 4, [Online] la: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/1095/, accesat 22.11.2021.

generate automat), *Velocity* (viteza cu care datele sunt generate/create, colectate și analizate), *Variety* (varietatea datelor, a tipurilor de date și a surselor de unde datele sunt colectate – de exemplu, Internet *browsers*, rețele de socializare, aplicații, camere video, vehicule, etc), *Value* (valoare).

Modul în care *Big Data* sunt create/generate și apoi utilizate implică două faze[27]. În prima fază, datele sunt colectate din diverse surse, formându-se un set de date[28], apoi setul de date este analizat. Pentru analiză se poate folosi așa numitul TDM (*Test and Data Mining*) în care algoritmi ce folosesc inteligență artificială (*AI algorithms*) „învață" din setul de date. Este posibil să fie nevoie și de intervenție umană pentru a corecta erorile și corelațiile defectuoase. Prelucrarea datelor, care urmărește găsirea de legături, corelații, generarea de predicții, are scopuri diverse, ca de exemplu, marketingul direct[29].

Open data și *Big Data* nu sunt noțiuni similare. Conținutul lor poate să se suprapună parțial, în sensul că o parte din O*pen data* pot fi B*ig Data*, dar diferă prin aceea că, cea mai mare parte a *Big Data* este colectată și prelucrată de furnizori de servicii online privați, pe când *Open Data* provin din surse publice. *Big Data* pot avea diverse surse: rețelele de socializare (prin *likes, tweets*, fotografii), postări pe bloguri, datele colectate de dispozitive de urmărire, etc.

În literatura economică[30] s-a precizat că 2/3 din *Big Data* provin din sursele interne ale furnizorilor de servicii online, iar 1/3 din achiziționarea de *Big Data* de la alți furnizori de servicii online, mai ales de la deținătorii rețelelor de socializare.

1.2.2. Tipuri de date în funcție de natura lor

După *natura* lor, datele pot fi clasificate în date cu caracter personal (personale), date fără caracter personal (nepersonale) și date mixte.

Ce înseamnă date cu caracter personal? Potrivit art. 4.1 GDPR[31], datele cu caracter personal sunt acele informații/*orice* informații *privind* o persoană fizică

[27] *Ibidem.*

[28] Potrivit OECD (*The Organisation for Economic Co-operation and Development*), prin set de date se înțelege „Any organized collection of data", [Online] la: https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=542, accesat 21.11.2021.

[29] Potrivit art. 21 (2) GDPR „ Atunci când prelucrarea datelor cu caracter personal are drept scop marketingul direct, persoana vizată are dreptul de a se opune în orice moment prelucrării în acest scop a datelor cu caracter personal care o privesc, inclusiv creării de profiluri, în măsura în care este legată de marketingul direct respectiv.".

[30] K. Śledziewska, R. Włoch, *Should We Treat Big Data as a Public Good?*, p. 267, în M. Taddeo, L. Floridi (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2017.

[31] Va fi folosit acronimul GDPR (*General Data Protection Regulation*) pentru Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu

identificată sau identificabilă (*persoana vizată*). Noțiunea de date cu caracter personal are o accepțiune foarte largă, însemnând informații ce pot fi grupate pe trei niveluri: de *conținut* (informații *despre* o persoană), de *scop* (informații care au ca scop să evalueze, să trateze într-un anumit fel, să influențeze o anumită persoană) și de *rezultat* (informații care pot avea ca rezultat un impact asupra unei persoane fizice)[32].

Date cu caracter personal sunt, de exemplu, informațiile care privesc elementele de identificare a persoanei fizice, precum numele acesteia, un număr de identificare, cum este codul numeric personal (CNP), date de localizare, un identificator online, sau unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale.

Dacă datele cu privire la o persoană fizică au fost *pseudonimizate*, adică au fost prelucrate astfel încât să nu fie posibilă atribuirea acestora unei anumite persoane fără a se utiliza informații suplimentare, acestea rămân date cu caracter personal[33], deoarece persoana fizică este *identificabilă* prin utilizarea de informații suplimentare, chiar dacă acestea sunt păstrate separat și sunt securizate prin măsuri organizatorice sau tehnice (de exemplu, prin criptare).

Datele cu caracter personal *anonimizate* (adică informațiile care sunt anonimizate astfel încât persoana vizată să nu fie sau să nu mai fie identificabilă) ies din categoria datelor cu caracter personal[34]. Frecvent, însă, când anumite tipuri de date nepersonale sunt amestecate pot conduce la date personale prin utilizarea unor algoritmi sofisticați[35].

Ce înseamnă date fără caracter personal? În Regulamentul (UE) 2018/1807 privind un cadru pentru libera circulație a datelor fără caracter personal în Uniunea Europeană (în continuare, Regulamentul 2018/1807)[36] datele fără caracter personal sunt definite ca datele care *nu sunt* date cu caracter personal [art. 2 (1)].

Comisia Europeană a elaborat un document[37] care are ca scop clarificarea, printre altele, și a noțiunii de date fără caracter personal. Astfel, datele fără

caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1, 4.5.2016.

[32] M. Durovic, M. Montanaro, *op. cit.*, pp. 11-12; Art 29 Working Party, Opinion 04/2007 on the Concept of Personal Data, 01248/07/EN, WP 136, pp. 9-11, [Online] la: https://www.clinicalstudydatarequest.com/Documents/Privacy-European-guidance.pdf, accesat 21.11.2021.

[33] Art. 4 (5) GDPR.

[34] Considerentul 26 GDPR.

[35] B. Lundqvist, *op. cit.*, p. 192.

[36] JO L 303, 28.11.2018.

[37] Comunicare a Comisiei către Parlamentul European și Consiliu, *Orientări referitoare la Regulamentul privind un cadru pentru libera circulație a datelor fără caracter personal în Uniunea Europeană*, Bruxelles, 29.5.2019 COM (2019) 250 final, [Online] la:

caracter personal, conform documentului[38], pot fi clasificate în funcție de origine, în două categorii:

- date fără legătură cu o persoană fizică identificată sau identificabilă, cum ar fi, de exemplu, datele privind condițiile meteorologice generate de senzorii instalați pe turbinele eoliene sau datele privind nevoile de întreținere ale utilajelor industriale;

- date care au fost inițial date cu caracter personal, dar care au fost ulterior anonimizate; aceste date, dacă au fost anonimizate corespunzător, nu mai pot conduce la identificarea unei persoane fizice prin utilizarea de informații suplimentare.

Referitor la datele cu caracter personal anonimizate, CJUE a stabilit în cauza Patrick Breyer v. Germany (C-582/14) că *o adresă de protocol internet (IP) dinamică înregistrată de un furnizor de servicii de comunicații electronice cu ocazia consultării de către o persoană a unui site internet pe care acest furnizor îl pune la dispoziția publicului constituie, pentru furnizorul respectiv, o dată cu caracter personal, în cazul în care acesta dispune de mijloace legale care îi permit să identifice persoana vizată cu ajutorul informațiilor suplimentare de care dispune furnizorul de acces la internet al acestei persoane.*

Pentru a se stabili dacă o persoană este identificabilă, este nevoie să se ia în considerare toate mijloacele *legale* pe care este probabil, în mod rezonabil, să le utilizeze un operator sau o altă persoană în scopul identificării, în mod direct sau indirect, precum costurile și intervalul de timp necesare pentru identificare, ținându-se seama atât de tehnologia disponibilă la momentul prelucrării, cât și de dezvoltarea tehnologică[39]. Prin urmare, datele sunt anonime nu numai dacă tehnic nu este fezabil să fie identificată o persoană, ci și atunci când nu este din punct de vedere legal fezabil, adică atunci când nu există căi legale pentru a obține identificatorii care să transforme datele anonime în date cu caracter personal. Datele pseudonimizate pot fi considerate date anonime pentru persoana care nu are acces legal și tehnic la identificatori[40].

---

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0250&from=RO, accesat 26.11.2021.

[38] *Comunicare...Orientări...op. cit.*, pp. 6-7.

[39] *Comunicare...Orientări...op. cit.*, p. 7

[40] V. Janeček, G. Malgieri, *Commerce in Data and the Dynamically Limited Alienability Rule*, în German Law Journal, vol. 21, nr. 5/2020, p. 934, https://doi.org/ 10.1017/ glj.2020.47, [Online] la: https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/commerce-in-data-and-the-dynamically-limited-alienability-rule/14EAE54E12D54726AA2D0C23862FE845, accesat 12.11.2021; M. Mourby ș.a., *Are "Pseudonymised" Data Always Personal Data? Implications of the GDPR for Administrative Data Research in the UK*, în Computer Law & Security Review nr. 34 /2018, p. 225, https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.01.002, [Online] la: https://www. sciencedirect.com/ science/article/pii/S0267364918300153, accesat 1.11.2021.

Asta înseamnă că natura datelor este *relativă*, putând varia în funcție de diferite criterii: costuri rezonabile, timp, tehnologie disponibilă, ș.a.

Ce înseamnă date mixte? Datele mixte reprezintă un set de date compus atât din date cu caracter personal, cât și din date fără caracter personal. Regulamentul 2018/1807 se aplică părții din setul de date fără caracter personal, iar datelor cu caracter personal din setul de date li se aplică regulile din GDPR.

Frecvent în practică, însă, datele cu caracter personal sunt combinate cu datele fără caracter personal. Seturile de date mixte reprezintă majoritatea seturilor de date utilizate în industria datelor și sunt favorizate de evoluția tehnologiei, cum ar fi IoT (adică obiectele/lucrurile *smart*, conectate la Internet – *smartphone, smartwatch, smartfridge, smartTV*, etc.), inteligența artificială și tehnologiile care permit analiza volumelor mari de date.

În cazul în care datele cu caracter personal și cele fără caracter personal dintr-un set de date sunt legate între ele în *mod indisolubil*, ele sunt supuse regulilor din GDPR [art. 2 (2) din Regulamentul 2018/1807].

În Comunicarea Comisiei Europene sunt date câteva exemple de date mixte[41]:

- certificatul de atestare fiscală al unei societății, care menționează numele și numărul de telefon ale directorului general al societății;

- seturile de date de la o bancă, în special cele care conțin informații referitoare la clienți și detaliile tranzacțiilor, cum ar fi servicii de plată (carduri de credit și de debit), acorduri de împrumut, precum și documente care combină date referitoare atât la persoanele fizice, cât și la cele juridice;

- datele statistice anonimizate ale unei instituții de cercetare și datele primare colectate inițial, cum ar fi răspunsurile respondenților individuali la întrebările chestionarului statistic;

- datele referitoare la obiectele smart, dintre care unele date permit formularea unor ipoteze cu privire la persoane identificabile (de exemplu, prezența la o anumită adresă și modele de utilizare).

Ce înseamnă că datele cu caracter personal sunt legate indisolubil de datele fără caracter personal? In absența unei definiții în regulamentele aplicabile (GDPR și Regulamentul 2018/1807), se poate considera că datele sunt legate indisolubil atunci când un set de date conține date din ambele categorii, iar separarea celor două tipuri de date, fie este imposibilă, fie este considerată de către operator ca ineficientă din punct de vedere economic sau nefezabilă din punct de vedere tehnic.

Regulamentele nu impun vreo obligație profesioniștilor care colectează, prelucrează, controlează date în ceea ce privește separarea datelor personale de cele nepersonale dintr-un set de date mixte. În consecință, un set de date mixte

[41] *Comunicare..Orientări....op. cit.*, p. 9.

va fi supus, în general, obligațiilor operatorilor și ale persoanelor împuternicite de către operatori și va respecta drepturile persoanelor vizate stabilite prin GDPR.

2. Comerțul cu date

La nivel european, așa cum am arătat deja, datele sunt supuse, în principal, regulilor din GDPR, din Regulamentul 2018/1807 și din Directiva *Open Data*. Aceste reglementări nu conțin, însă, prevederi exprese referitoare la comerțul cu date. Sunt datele bunuri alienabile (*res in commercio*)? A face comerț cu date înseamnă a trata datele ca pe o marfă, înseamnă a obține date în schimbul banilor sau a unor servicii digitale ori în schimbul altor date/informații.

Deși în normele *soft law* sau *hard law* din UE nu se folosesc expresii precum *comercializarea datelor* sau *vânzarea datelor*, asta nu înseamnă că economia digitală europeană nu se „hrănește" cu date și că piața datelor lipsește în spațiul european, ci dimpotrivă: există și funcționează o adevărată industrie a datelor.

În mercantilizarea datelor nu se ține seama de natura lor. Toate tipurile de date sunt comercializate: *open data*, date fără caracter personal, date cu caracter personal, date mixte. Comerțul cu date se înscrie, de regulă, în categoria *comerțului internațional*, pentru că majoritatea datelor sunt *digitale*, iar „actorii" din industria datelor sunt întreprinderi multinaționale. De altfel, comerțul cu date (digitale) nu are granițe.

Pentru a răspunde la întrebarea dacă datele sunt bunuri alienabile și, în consecință, comerțul cu date se face sau nu în limitele legalității, vom încerca să deslușim regimul juridic al datelor, plecând de la dreptul național, unde ne vom folosi de regulile generale (în absența unora cu caracter special) și, apoi, vom transla problema în dreptul european. Legat de regimul juridic al datelor, vom stabili temeiul comercializării lor potrivit regulilor din UE.

2.1. Regimul juridic al datelor

Datele, ca informații, nu beneficiază în dreptul intern de norme special elaborate pentru a le defini sau pentru a stabili regimul lor pe piața economică a datelor. Reglementările adoptate la nivel european nu clarifică aceste aspecte, dar oferă indicii, care alimentează o bogată literatură juridică, în încercarea de a stabili repere pentru toți cei implicați în comerțul cu date.

2.1.1. Abordarea națională a regimului juridic al datelor

Potrivit *dreptului român*, ca să poată fi comercializate, datele trebuie să fie bunuri sau, altfel spus, datele pot fi obiect material[42] al contractului de

[42] Codul civil a complicat noțiunea de obiect al contractului în mod inutil, introducând încă un element într-o succesiune inepuizabilă: contractul are ca obiect

înstrăinare dacă sunt bunuri. „Numai bunurile care sunt în circuitul civil pot face obiectul unei prestații contractuale" (art. 1229 C. civ.).

Potrivit art. 535 C. civ., „Sunt bunuri lucrurile, corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial". Dreptul patrimonial este acela care are un conținut economic, evaluabil în bani. Deci bunurile, în sens juridic, sunt lucrurile care dobândesc valoare economică prin *apropriere*, adică în măsura în care sunt obiect al dreptului de proprietate sau al altui drept real[43].

Datele sunt informații, deci se pune problema dacă, mai întâi, acestea sunt *lucruri necorporale* și apoi, dacă devin *bunuri incorporale* prin apropriere, adică dacă devin obiect al dreptului de proprietate sau al altui drept real.

Prin *lucru* se înțelege *„orice element material (corporal) sau imaterial (necorporal) al realității obiective care are o configurație proprie, stabilă și autonomă", „adică o anumită identitate, cu o durată mai mică sau mai mare în timp, prin care să se diferențieze de alte lucruri."*[44].

Este informația un lucru? Din moment ce este un element imaterial al realității obiective, cu o identitate care o diferențiază de alte informații, *este un lucru.* Simplul fapt că informațiile sunt *colectate* face dovada că acestea există în realitatea obiectivă (altfel, nu ar putea fi colectate). La fel ca și alte lucruri necorporale, precum „undele electromagnetice sau asimilate acestora, precum și energia de orice fel" [la care se face referire în art. 539 (2) C. civ.], datele/informațiile au o anumită configurație proprie și autonomă. *Calificarea informației ca fiind un lucru nu depinde de natura informației, personală sau nepersonală.*

Pentru ca un lucru necorporal să devină un bun incorporal esențial este să aibă *valoare economică* și să fie *susceptibil de apropriere.*

Este evident că datele au o valoare economică importantă, altfel nu ar fi atât de conștiincios colectate și prelucrate. În UE (ca de altfel, la nivel global), datele stau la baza economiei digitale. *„Data is the lifeblood of the economy and a driver of innovation."*[45]. Este adevărat, însă, că de fiecare dată când se face referire la *date* se folosește pluralul. O *informație luată separat* dintr-un *set sau pachet de*

---

operația juridică; aceasta are și ea un obiect, obligația; obligația, la rândul ei, are ca obiect prestația la care se angajează debitorul; obiectul prestației se pare că îl constituie bunurile, făcând o interpretare sistematică, pentru că nu se precizează în vreun text (art. 1225-1230 C. civ.). A se vedea, S. Neculaescu, *Discuții privind conceptul de obiect al contractului*, în Dreptul nr. 12/2011, p. 22.

[43] V. Stoica, *Actualitatea ocupațiunii-mod originar de dobândire a dreptului de proprietate privată*, în Dreptul nr. 9/2005, p. 23.

[44] V. Stoica, *Noțiunea de bun incorporal în dreptul civil român*, p.7-8, [Online] la: https://www.juridice.ro/essentials/1646/notiunea-de-bun-incorporal-in-dreptul-civil-roman, accesat 18.11.2021.

[45] European Commission, *Building a Data Economy in the European Union. Data. Innovation. Growth*, p.1., [Online] la: file:///C:/Users/User/Downloads/BuildingadataeconomyintheEuropeanUnion.pdf, accesat 15.11.2021.

date poate fi lipsită de orice valoare. Cu cât pachetul/setul de date este mai voluminos în informații, care inter-relaționează, cu atât este mai valoros[46]. Totuși, în absența colectării fiecărei informații, privită individual, setul de date nu ar putea lua ființă; fiecare parte din set reprezintă *materia primă* ce dă valoare setului de date odată constituit. Datele sunt deci o „specie" diferită de lucruri, care devin valoroase când sunt combinate în seturi, spre deosebire de alte lucruri, care, dimpotrivă, devin cu atât mai valoroase cu cât sunt mai puține. De asemenea, datele pot fi multiplicate în nenumărate copii, fără a necesita costuri pentru asta și pot fi folosite concomitent de o multitudine de persoane[47].

Datele, personale și nepersonale ori mixte, sunt lucruri susceptibile de apropriere?

În literatura juridică autohtonă s-a considerat că *lucrurile necorporale devin apropriabile numai cu autorizarea legii*[48]. În dreptul român nu au fost adoptate norme în această materie, deci nu există și, prin urmare, ar putea fi trasă concluzia că datele nu sunt susceptibile de apropriere/nu pot face obiectul dreptului de proprietate.

Fără a ne propune să identificăm o asemenea abordare în legislația altor state membre ale UE, trebuie menționat totuși că problema *proprietății* asupra datelor este un subiect intens dezbătut în literatura juridică, mai ales străină[49], inclusiv în Germania, unde a fost propusă, recunoașterea unui drept de proprietate asupra datelor[50]. La originea propunerii a fost industria

[46] J. A. Castillo Parrilla, *op. cit.*, pp. 820-821.

[47] *Ibidem.*

[48] V. Stoica, *Noțiunea...*, *op. cit.*, p. 15.

[49] De exemplu, T. Hoeren, *Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, în European Intellectual Property Review, 2014, pp. 751-754, [Online] la: https://rd-alliance.org/sites/default/files/Big_Data_and_the_Ownership_in_Data.pdf, accesat 16.11.2021; A. De Franceschi, M. Lehmann, *Data as tradeable commodity and new measures for their protection*, în The Italian Law Journal, vol. 1, nr. 1/2015, pp. 51-72, [Online] la: https://italian-law-journal.scholasticahq.com/article/592-data-as-tradeable-commodity-and-new-measures-for-their-protection, accesat 16.11.2021; H. Zech, *A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data*, în Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 11, nr. 6/2016, pp. 460-470, https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw049, [Online] la: https://edoc.unibas.ch/44518/, accesat 16.11.2021; B. Hugenholtz, *Against 'Data Property'*, pp. 48-71, în H. Ullrich, P. Drahos, G. Ghidini (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property,* vol. 3, Editura Edward Elgar, Cheltenham, 2018; T. Hoeren, P. Bitter, *Data Ownership is Dead: Long Live Data Ownership*, în European Intellectual Property Law Review, vol. 40, nr. 6/2018, pp. 347-348, [Online] la: https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/Data_Ownershipp_is_Dead.pdf, accesat 16.11.2021, ș.a.

[50] F. Banterle, *Data Ownership in the Data Economy: A European Dilemma*, August 1, 2018, p. 3, în *EU Internet Law in the digital era*, edited volume based on the REDA 2017

automobilelor germană, preocupată de proprietatea asupra datelor, în principal, generate de senzorii cu care sunt echipate automobilele (frâne, camere, motor) și care transmit o cantitate enormă de date, ce furnizează informații referitoare la performanța acestora, la trafic, la comportamentul uman, ș.a. și care sunt folosite apoi pentru dezvoltarea de vehicule *smart*, de aplicații, etc. S-a pus problema, cine dintre toți cei implicați în lanțul valoric (fabricanții senzorilor, fabricantul vehiculului, proprietarul vehiculului, furnizorul de conținut digital, furnizorul de *cloud*) are un drept de proprietate asupra datelor[51]. Aceste date, deși fără caracter personal, dacă pot fi „conectate" cu proprietarul vehiculului sau cu conducătorul auto al acestuia devin date personale; iar identificarea proprietarului/conducătorului auto nu este deloc dificilă[52].

Ca urmare a demersurilor producătorilor de vehicule germani și a dezbaterilor academice și legislative[53], la nivelul UE, în 2017 în documentul *Construirea unei economii europene a datelor*[54], a fost propusă recunoașterea unui drept al producătorului de date[55]. *Producătorul de date* ar fi proprietarul sau utilizatorul pe termen lung, adică posesorul dispozitivului ce ar putea beneficia de dreptul de a utiliza *date fără caracter personal* și de dreptul de a autoriza utilizarea acestora, în anumite condiții. Această propunere nu a fost, însă, materializată într-un instrument legislativ european.

2.1.2. Interpretări ale regimului juridic al datelor în UE

Comercializarea datelor este o realitate economică, ce trebuie justificată și din punct de vedere juridic. Unii autori consideră datele ca fiind *bunuri comune*, referindu-se la *Big Data* sau *bunuri proprietate privată a celor care le colectează*, care ar trebui să fie tratate ca bunuri comune, în temeiul responsabilității sociale a întreprinderilor[56]. În alte abordări, se încearcă justificarea comerțului cu date pe baza unor reglementări existente.

conference, Springer, 2018, [Online] la: https://ssrn.com/abstract=3277330, accesat 21.11.2021.

[51] F. Banterle, *op. cit.*, p. 3.

[52] J. A. Castillo Parrilla, *op. cit.*, pp. 810-811.

[53] B. Hugenholtz, *op. cit.*, p. 48.

[54] Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, *Construirea unei economii europene a datelor*, {SWD (2017) 2 final}, Bruxelles, 10.1.2017 COM (2017) 9 final, p. 11, [Online] la: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009 &from=EN, accesat 16.11.2021.

[55] *Comunicare...*Construireai, *op. cit.*, p. 14.

[56] K. Śledziewska, R. Włoch, *op. cit.*, pp. 265-270.

În prezent, ar putea fi utilizate, în principal, patru reglementări europene (Directiva *Open Data*, Directiva 2019/770[57], GDPR și Regulamentul 2018/1807), dintre care, primele două, se poate considera că recunosc *indirect* un regim de *quasi-proprietate* asupra datelor, iar celelalte două oferă *temeiul juridic al comercializării datelor*.

Directivele europene nu au fost încă transpuse în legislația națională, România depășind termenele stabilite[58].

A. *Quasi-proprietatea* asupra datelor

Anumite prevederi din Directiva *Open Data* și din Directiva 2019/770 pot conduce la ideea unei *quasi-proprietăți* asupra datelor. În plus, și anumite prevederi din GDPR au făcut ca unii autori[59] să considere că asupra datelor personale ar putea exista o *quasi*-proprietate.

Organismele din sectorul public, organismele de drept public și de întreprinderile publice colectează *date care interesează societatea*, de exemplu, date privind proprietarii de imobile, mărci, date privind societățile comerciale, etc. Aceste date sunt/erau depozitate/stocate în servere (în prezent multe organisme publice guvernamentale folosesc *cloud*-ul, externalizând stocarea datelor deschise[60]). Colectorii de *date deschise* au devenit comercianți de date, fie în mod voluntar, fie conform Directivei *Open Data*, punând datele la dispoziția consumatorilor și a profesioniștilor în scop de reutilizare comercială sau necomercială. În statele nordice, de exemplu, autoritățile guvernamentale dețin baze de date, care sunt protejate prin drepturi de proprietate intelectuală, pentru care dau acces comercial celor interesați pe bază de licență[61].

Prin urmare, conform Directivei O*pen Data*, datele deschise se utilizează/reutilizează în scop *comercial* sau necomercial, documentele devenind accesibile pentru reutilizare în momentul în care organismele din sectorul public

[57] Directiva (UE) 2019/770 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 2019 privind anumite aspecte referitoare la contractele de furnizare de conținut digital și de servicii digitale, JO L 136, 22.5.2019, cu termen de transpunere 1 iulie 2021.

[58] România a fost deja atenționată cu privire la transpunerea Directivei *Open Data*, urmând să fie declanșată procedura de infringement ([Online] la: https://www.agerpres.ro/economic-extern/2021/10/01/comisia-europeana-invita-romania-si-alte-18-tari-ue-sa-respecte-normele-cu-privire-la-reutilizarea-informatiilor-din-sectorul-public--789362, accesat 22.11.2021).

[59] F. Banterle, *op. cit.*, p. 8.

[60] B. Zwattendorfer, K. Stranacher, A. Tauber, P. Reichstädter, *Cloud Computing in E-Government across Europe A Comparison*, pp. 181-195, în Kő A., Leitner C., Leitold H., Prosser A. (eds.) *Technology-Enabled Innovation for Democracy, Government and Governance*, 2013, Lecture Notes in Computer Science, vol. 8061, Springer, Berlin, Heidelberg, https://doi.org/10.1007/978-3-642-40160-2_15, accesat 20.11.2021.

[61] B. Lundqvist, *op. cit.*, p. 200.

acordă *licențe*, *vând*, *difuzează*, *furnizează* sau fac *schimb de informații*[62], cu alte cuvinte le comercializează. Reiese că *open data* sunt în *circuitul civil*, fiind tratate, fie ca *bunuri comune*, fie ca bunuri obiect al unei anumite forme de proprietate; când se acordă licență asupra bazelor de date, datele sunt protejate printr-un drept de proprietate intelectuală.

Din Directiva 2019/770 rezultă că *este permisă înstrăinarea datelor cu caracter personal*, prin contracte. Potrivit art. 3 (1) alin. (2) comerciantul/profesionistul furnizează sau se angajează să furnizeze consumatorului conținut digital sau un serviciu digital, iar consumatorul furnizează sau se angajează să furnizeze comerciantului, în schimb, date cu caracter personal[63]. În pofida faptului că în considerentul 24 din directivă se precizează că datele cu caracter personal *nu sunt o marfă*, dacă persoana vizată/consumatorul le *furnizează în loc de preț* în schimbul bunurilor digitale sau serviciilor digitale, înseamnă că le are (*în proprietate?*), pentru că nimeni nu poate transmite mai multe drepturi decât are. Potrivit art. 17 (1) C. civ., „Nimeni nu poate transmite sau constitui mai multe drepturi decât are el însuși.”.

Dreptul de proprietate asigură titularului *controlul* asupra obiectului proprietății. O asemenea putere de control transpare din dreptul persoanei vizate la *portabilitatea datelor*, recunoscut în GDPR. Conform art. 20 GDPR, persoana vizată are dreptul de a i se restitui datele cu caracter personal care o privesc și pe care le-a furnizat operatorului de date (de regulă, un profesionist), date care se restituie într-un *format structurat, utilizat în mod curent și care poate fi citit automat* și are dreptul de a transmite aceste date altui operator de date. Dreptul

[62] Considerentul 22 din directivă.

[63] În considerentul 24 din directivă există explicația potrivit căreia c*onținutul digital și serviciile digitale sunt adesea furnizate și în cazul în care consumatorul nu plătește un preț, ci îi furnizează comerciantului date cu caracter personal. Aceste modele de afaceri sunt utilizate în diferite forme pe o parte semnificativă a pieței. Deși se recunoaște pe deplin că protecția datelor cu caracter personal este un drept fundamental și că datele cu caracter personal nu pot fi considerate o marfă, acestea pot fi furnizate comerciantului/profesionistului în loc de preț. Datele cu caracter personal pot fi furnizate comerciantului/profesionistului fie în momentul încheierii contractului, fie ulterior, de exemplu, atunci când consumatorul își dă consimțământul pentru utilizarea datelor lui cu caracter personal de către comerciant, date pe care consumatorul le-ar putea încărca sau le-ar putea crea cu ajutorul conținutului digital sau al serviciului digital. Dreptul UE privind protecția datelor cu caracter personal prevede o listă de temeiuri juridice pentru prelucrarea legală a datelor cu caracter personal. De exemplu, consumatorul deschide un cont pe o platformă de comunicare socială/rețea socială și pune la dispoziția comerciantului numele și adresa de e-mail, care sunt folosite și pentru alte scopuri decât simpla furnizare a conținutului digital sau a serviciului digital sau consumatorul își dă consimțământul ca orice material care constituie date cu caracter personal, cum ar fi fotografiile sau postările pe care le încarcă, să fie prelucrate de comerciant în scopuri de marketing.*

de control poate fi considerat o *quasi-proprietate*[64]. Asta face din persoana vizată un *jucător* pe piața digitală de date[65].

Operatorul de date, în temeiul GDPR, are un drept de *„posesie" legitimă*, care îi permite să exploateze datele cu caracter personal în scopuri comerciale, în condițiile stipulate în GDPR[66]. Nu există reglementări în ceea ce privește condițiile pentru exploatarea economică și posibilitatea de comercializare a datelor. Regula este că comercializarea datelor se face folosind contracte.

Prin urmare, un drept de proprietate asupra datelor nu este reglementat/recunoscut în legislația europeană. In aceste condiții, datele sunt controlate prin mecanisme de restricționare a accesului la date[67], bazate pe exclusivitate și *„posesie"* de fapt[68].

B. Temeiul juridic al comercializării legale a datelor

GDPR și Regulamentul 2018/1807 oferă temeiul juridic al comercializării datelor, deși nu folosesc această terminologie. În literatura juridică s-a afirmat întemeiat că a *comercializa date cu caracter personal* înseamnă, de fapt, a le *prelucra*[69]. Noțiunea de prelucrare a datelor[70] în ambele regulamente este extrem de largă[71], incluzând, printre altele, și *dezvăluirea prin transmitere, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod* a datelor personale și nepersonale, cu alte cuvinte, *comercializarea* lor.

---

[64] F. Banterle, *op. cit.*, p. 8.

[65] B. Lundqvist, *op. cit.*, p. 204.

[66] F. Banterle, *op. cit.*, p. 8.

[67] H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law,* September 2017, p. 7, în J. Drexl (ed.), *Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition*, Edward Elgar Publishing, [Online] la: https://ssrn.com/abstract=3063153, accesat 19.11.2021.

[68] F. Banterle, *op. cit.*, p. 10.

[69] M. Durovic, M. Montanaro, *op. cit.*, pp. 21-24.

[70] M. Dumitru, *Există un drept de opțiune între temeiurile prelucrării datelor cu caracter personal potrivit Regulamentului 2016/679 privind protecția datelor?,* în Revista română pentru protecția și securitatea datelor cu caracter personal, nr. 1/2020, pp. 50-62.

[71] Art. 3.2 din Regulamentul 2018/1807: *„prelucrare* înseamnă orice operațiune sau serie de operațiuni efectuate asupra datelor sau a seturilor de date în format electronic, cu sau fără utilizarea de mijloace automatizate, cum ar fi colectarea, înregistrarea, organizarea, structurarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, dezvăluirea prin transmitere, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod, alinierea sau combinarea, restricționarea, ștergerea sau distrugerea". Art. 4.2. GDPR: „*prelucrare* înseamnă orice operațiune sau set de operațiuni efectuate asupra datelor cu caracter personal sau asupra seturilor de date cu caracter personal, cu sau fără utilizarea de mijloace automatizate, cum ar fi colectarea, înregistrarea, organizarea, structurarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, divulgarea prin transmitere, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod, alinierea sau combinarea, restricționarea, ștergerea sau distrugerea;".

Operatorul de date (profesionist, de regulă) are, deci, la dispoziția sa mai multe căi de comercializare a datelor. Astfel, poate transmite datele partenerilor lui contractuali, dându-le *acces*. De exemplu, Booking.com[72] partajează datele cu caracter personal cu *instituții financiare, agenții de publicitate, filiale ale grupului corporativ Booking.com și celelalte societăți care alcătuiesc grupul corporativ Booking Holdings Inc., cu furnizori de servicii de asigurare,* ș.a. Deși Facebook declară că nu vinde datele cu caracter personal („Colaborăm cu parteneri terți care ne ajută și ne îmbunătățesc Produsele sau care folosesc Instrumentele Facebook Business pentru a-și dezvolta afacerea, iar acest lucru permite funcționarea companiilor noastre și ne dă posibilitatea să oferim servicii *gratuite* persoanelor din întreaga lume. *Nu vindem nimănui nicio informație a dvs. și nu vom face acest lucru niciodată.*"[73][s.n.- CTU]), le *partajează* cu mai multe categorii de persoane terțe în diferite scopuri (cu partenerii care utilizează serviciile Facebook de analiză, cu promotorii, cu partenerii care asigură servicii de măsurare a performanțelor, cu partenerii care oferă bunuri și servicii în produsele Facebook, cu comercianți și furnizori de servicii[74], ș.a.).

O altă cale de comercializare a datelor este *transmiterea* unor seturi de date contra cost către profesioniștii specializați în comerțul cu date, de exemplu, către *brokerii* de date (de care ne vom ocupa în secțiunea 2.2 din această lucrare).

Pentru ca datele personale să poată fi *prelucrate,* potrivit GDPR, persoana vizată trebuie să-și dea *consimțământul*[75] pentru prelucrare, în unul sau mai multe *scopuri specifice* [art. 6 (1) (a) GDPR]. A exprima *consimțământul* înseamnă, potrivit art. 4 (11) GDPR, „orice manifestare de voință liberă, specifică, informată și lipsită de ambiguitate a persoanei vizate prin care aceasta acceptă, printr-o declarație sau printr-o acțiune fără echivoc, ca datele cu caracter personal care o privesc să fie prelucrate".

Consimțământul este principalul temei folosit pentru comerțul legal cu date.

Un alt temei, dar care nu are decât un impact minor asupra comerțului cu date, este *necesitatea* prelucrării datelor personale pentru „executarea unui contract la care persoana vizată este parte sau pentru a face demersuri la cererea persoanei vizate înainte de încheierea unui contract" [art. 6 (1) (b) GDPR]. De exemplu, consumatorul încheie un contract prin care i se furnizează servicii digitale online și pentru încheierea și executarea contractului este necesară prelucrarea datelor lui personale de către furnizorul serviciului (cum ar fi datele de identificare: nume, adresă email, etc.).

---

[72] La politica de confidențialitate se ajunge prin mai multe hyperlink-uri din: [Online] la: https://www.booking.com/general.ro., accesat 23.11.2021.

[73] [Online] la: https://www.facebook.com/about/privacy/update, accesat 23.11.2021.

[74] *Ibidem.*

[75] Pentru o analiză detaliată cu privire la consimțământ, M. Dumitru, C.-S. Pristavu, *Consimțământul – un cameleon între temeiurile prelucrării datelor cu caracter personal*, în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 1/2021, pp. 26-49.

Revenind la consimțământ, întregul mecanism al protecției datelor personale se bazează pe consimțământul persoanei vizate. „Criteriul de bază al legislației Uniunii privind protecția datelor cu caracter personal este cel al unei decizii independente a unei persoane care este capabilă să ia decizii cu privire la utilizarea și la prelucrarea datelor sale. Cerința consimțământului este cea care îi permite să facă această alegere și care, în același timp, îl protejează în situații care sunt prin natura lor asimetrice."[76]. În literatura juridică[77] s-a considerat, însă, că în epoca digitalizării și a revoluției tehnologice, această abordare este *inadecvată*, putând conduce la lipsirea de orice rezultat a regulilor de protecție din GDPR.

Într-adevăr, persoana vizată își exprimă consimțământul în calitate de aderent într-un contract de adeziune[78] impus de cealaltă parte contractantă, care colectează datele (operatorul de date), contract care are diferite denumiri (*terms & conditions, terms of use, privacy policy*, ș.a.). Consimțământul este exprimat, de regulă, prin bifarea unei căsuțe. Persona vizată, în mod frecvent, nici nu conștientizează că este parte într-un contract, că a fost de acord ca datele să-i fie prelucrate în scopurile specificate, pe care, de regulă, nu le citește[79]. Dacă i s-ar cere *acordul pentru comercializarea datelor personale*, folosindu-se în mod expres această terminologie, atunci cu siguranță că persoana vizată ar fi mai atentă în procesul bifării. Termenii ermetici, dificil de înțeles, folosiți de profesioniștii care colectează datele, nu oferă o imagine clară cu privire la ceea ce consimte persoana vizată ori referitor la *valoarea*[80] datelor pentru „colectorul" de date și pentru toți cei cu care acesta le partajează.

Consimțământul persoanei vizate, ca nucleu al protecției datelor personale, facilitează, de fapt, comerțul cu date[81]. „Colectorii" de date dispun de

[76] Concluziile avocatului general Maciej Szpunar la cauza *Orange România v. Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal* (C-61/19), punctul 37.

[77] M. Durovic, F. Lech, *A Consumer Law Perspective on the Commercialization of Data*, în European Review of Private Law, vol. 29, nr. 5/2021, p. 719.

[78] Pentru detalii, C.T. Ungureanu, *The Romanian Adherent, Party to the Transnational Adhesion Contract,* in *Studies of Business Law - Recent Developments and Perspectives*, Peter Lang, Berlin, 2013, pp. 263-266; C.T. Ungureanu, *Drept international privat european în raporturi de comerț international*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2021, pp. 33-37.

[79] K. Polanco, *Trimming the Fat: The GDPR as a Model for Cleaning up Our Data Usage*, în Touro Law Review, vol. 36, nr. 2/2020, p. 604, [Online] la: https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol36/iss2/10, accesat 26.11.2021.

[80] N. Kolt, *Return on Data: Personalizing Consumer Guidance in Data Exchanges*, în Yale Law & Policy Review, vol. 38, nr. 1/2020, pp. 77-149, [Online] la https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol38/iss1/2/, accesat 26.11.2021.

[81] E. Bietti, *The Discourse of Control and Consent over Data in EU Data Protection Law and Beyond*, p.4, [Online] la: https://www.hoover.org/research/discourse-control-and-consent-over-data-eu-data-protection-law-and-beyond, accesat 24.11.2021.

un întreg arsenal de clauze cu „căsuțe" corespunzătoare, pe care persoana vizată se grăbește să le bifeze pentru a obține acces la informații sau servicii digitale.

În ceea ce privește datele nepersonale[82], transmiterea lor are la bază, în principal, norme din domeniul proprietății intelectuale sau al secretelor comerciale[83]. Astfel, bazele de date pot fi protejate prin *dreptul de autor*, dacă reprezintă o creație intelectuală proprie, prin alegerea sau dispunerea elementelor. Nu intră sub protecția dreptului de autor conținutul bazei de date. Asupra conținutului bazei de date este recunoscut un drept *sui generis*, în condițiile stipulate în art. 7 din Directiva 96/9/CE[84]. CJUE, în cauza *Ryanair v. PR Aviation* (C-30/14), a stabilit că o bază de date, care nu este protejată nici prin dreptul de autor, nici prin dreptul *sui generis*, îl îndreptățește pe creatorul acesteia să impună *limitări contractuale* privind utilizarea acesteia de către terți. CJUE nu a explicat, însă, care este temeiul juridic al dreptului creatorului bazei de date neprotejate de a impune condiții contractuale.

2.2. Rolul brokerului de date în comerțul cu date

O cale de comercializare a datelor, așa cum am arătat mai sus, este *transmiterea* unor seturi de date contra cost către *brokerii* de date.

Comerțul cu date se desfășoară în două faze: *comerțul primar* cu date, în care operatorul de date colectează date din diferite surse (dacă sunt date cu caracter personal, le colectează de la persoana vizată; de exemplu, persoana fizică furnizează date personale în schimbul unor servicii digitale, în accepțiunea Directivei 2019/770) și *comerțul secundar cu date*, în care operatorul de date transferă date unui terț[85] sau îi dă acces la date, de exemplu, unui *broker* de date. În comerțul secundar datele circulă în seturi de date, de regulă, după ce acestea au fost combinate, analizate, transformate.

Furnizorii de servicii online, fie că se numesc societăți de comerț electronic (*e-commerce corporations*), cyber-intermediari sau au altă denumire, au cel puțin trei caracteristici comune: sunt dependenți de Internet, au un număr foarte mare de utilizatori și mercantilizează datele digitale, frecvent personale[86]. Un rol important în comerțul cu date îl are *brokerul* de date.

---

[82] Nu vom trata pe larg aceste aspecte în prezenta lucrare.

[83] Directiva (UE) 2016/943 a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2016 privind protecția *know-how*-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, JO L 157/1, 15.6.2016.

[84] Directiva 96/9/CE privind protecția juridică a bazelor de date, transpusă în legislația națională prin includerea în Legea 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, M. Of., Partea I, nr. 60, 26.3.1996, cu modificările ulterioare.

[85] V. Janeček, G. Malgieri, *op. cit*, p. 933.

[86] R. Wentrup, P. Ström, *Online Service Providers: A New and Unique Species of the Firm?*, p. 157, în M. Taddeo, L. Floridi (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2017.

2.2.1. Cine este *brokerul* de date și ce rol joacă în comerțul cu date?

Brokerii de date sunt societăți/profesioniști care sunt specializați în colectarea datelor (personale și nepersonale), pe care le vând/acordă licență altor societăți interesate, mai ales din industria de marketing/publicitate comercială[87]. În legislația UE nu există prevederi referitoare la *brokerii* de date.

În 2018, în două state americane, California și Vermont[88], au fost adoptate reglementări în care sunt definiți *brokerii* de date și în care sunt stabilite obligații în sarcina acestora în vederea protecției datelor consumatorilor, pe care comercializează. *Brokerul* de date este definit ca fiind un profesionist, care în mod voluntar colectează și vinde sau transmite în temeiul unei licențe date cu caracter personal unor terți, date ce provin de la consumatori cu care *brokerul* nu are o legătură directă[89]. Potrivit reglementării din Vermont, *brokerii* de date sunt obligați să se înregistreze într-un registru special constituit[90].

Activitatea *brokerilor* de date este *quasi*-necunoscută publicului, pentru că acești profesioniști acționează din umbră[91]. *Brokerii* de date cu o activitate susținută în industria datelor sunt, de exemplu, Acxiom[92], parte a Interpublic Group, cu sediul în SUA, care este un grup de societăți de marketing[93] considerat a fi unul dintre cele mai mari patru în lume (*The Big Four*), alături de Omnicom Group (cu sediul în SUA)[94], Publicis Group (cu sediul la Paris, Franța)[95] și WPP (cu sediul la Londra, UK)[96].

Pentru a ilustra rolul *brokerului* de date, vom descrie ceea ce experimentăm de fiecare dată când accesăm o pagină de Internet[97] și are loc o licitație în timp real (RTB - *real-time bidding*) prin care se urmărește postarea de anunțuri publicitare în spațiile de publicitate de pe pagina *web* accesată. Astfel, când utilizatorul scrie adresa paginii căutate în *web browser*, de exemplu Google,

---

[87] B.A. Martin, *The Unregulated Underground Market for Your Data: Providing Adequate Protections for Consumer Privacy in the Modern Era*, în Iowa Law Review, vol. 105, nr. 2/2020, p. 869, [Online] la: https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-105-issue-2/the-unregulated-underground-market-for-your-data-providing-adequate-protections-for-consumer-privacy-in-the-modern-era/, accesat 19.11.2021.

[88] *Idem*, p. 880-884.

[89] *Idem*, p. 882.

[90] *Idem*, p. 884.

[91] *Idem*, p. 867.

[92] [Online] la: https://www.acxiom.com/, accesat 20.11.2021.

[93] [Online] la: https://www.interpublic.com/, accesat 20.11.2021.

[94] [Online] la: https://www.omnicomgroup.com/, accesat 20.11.2021.

[95] [Online] la: https://www.publicisgroupe.com/en, accesat 20.11.2021.

[96][Online] la : https://www.wpp.com/, accesat 20.11.2021.

[97] Descrierea aparține autorului B. Jade Ngoc Bich, *Data brokers facing the new GDPR. A legal analysis of the effects of the GDPR on the processing of personal data by data brokers*, Master thesis, Faculty of Law, University of Oslo, p. 2-3, [Online] la: https://www.duo.uio, accesat 8.05.2018.

acesta se conectează cu un server de publicitate (*ad server*), care la rândul lui se conectează cu o platformă care oferă publicitate; platforma trimite o notificare unui alt server, *ad exchange*, care trimite invitații la licitație societăților de publicitate înregistrate în *ad exchange*, împreună cu informații/date despre utilizator; societățile de publicitate licitează pentru spațiu publicitar pe pagina *web* accesată, bazându-se pe informațiile/datele despre utilizator, date ce reprezintă o combinație între datele primite de la *ad exchange* și alte date pe care societatea le are despre utilizator din alte surse. Informațiile despre utilizator permit societăților de publicitate să evalueze cuantumul pe care îl vor licita, pentru că aceste date arată cât de eficientă este publicitatea pentru utilizatorul respectiv. Cantitatea de date disponibile cu privire la un anumit utilizator și mijloacele avansate de prelucrare și analiză a datelor, prin utilizarea de algoritmi și AI (inteligență artificială) permit societăților de publicitate să direcționeze eficient anunțurile publicitare. *Datele furnizate în procesul de licitație provin de la brokerii de date și de la platformele care se ocupă de managementul datelor, care urmăresc utilizatorii, de regulă, prin intermediul cookies.*

Brokerii de date obțin date din diverse *surse*[98]: *open data* (diferite registre publice, cum ar fi de exemplu, portalul instanțelor de judecată, portalul declarațiilor de avere, portalul executorilor judecătorești, ș.a. și alte surse publice disponibile) și surse private comerciale, care provin de la societăți private care încheie contracte cu *brokerii* de date prin care le transmit de exemplu, liste de clienți, istoricul cumpărăturilor online, aceste societăți monitorizând comportamentul utilizatorilor online, prin *cookies* sau alte modalități de urmărire *online*.

Brokerii de date încheie *contracte* cu societățile-surse de date, cele mai frecvent folosite fiind contractele de furnizare de date (*data supply contracts*), de licență (*data licensing agreements*) și de revânzare (*data reseller agreements*)[99]. Contractele, de regulă, conțin prevederi cu privire la faptul că datele au fost în mod legal obținute, că utilizatorii/persoanele vizate de la care provin datele au fost informați cu privire la transmiterea datelor lor unor terți, cu care operatorul de date care le colectează, colaborează și că utilizatorilor li s-a dat posibilitatea de a exprima un consimțământ negativ cu privire la transmiterea datelor lor către terți (*opt-out*).

Datele pe care *brokerii* le primesc prin contracte sunt de o mare diversitate, de aceea, pentru a fi utile în publicitatea online sunt prelucrate, analizate și sortate pe categorii[100], creându-se profiluri ale utilizatorilor. Conform art. 4 (4) din GDPR creare de profiluri „înseamnă orice formă de prelucrare automată a datelor cu caracter personal care constă în utilizarea datelor cu caracter personal pentru a evalua anumite aspecte personale referitoare la o persoană fizică, în special pentru a analiza sau prevedea aspecte privind performanța la locul de

[98] *Idem*, p. 13-15.
[99] *Idem*, p. 15.
[100] *Idem*, p. 17.

muncă, situația economică, sănătatea, preferințele personale, interesele, fiabilitatea, comportamentul, locul în care se află persoana fizică respectivă sau deplasările acesteia".

Prin crearea de profiluri, *brokerii* de date sau alte societăți care se ocupă numai de analiza datelor (*data management platforms*) transformă datele-materie primă într-un „produs" nou. Asta înseamnă că datele cu privire la prelucrarea cărora utilizatorul și-a dat consimțământul se modifică. Datele prelucrate de *brokeri* sunt *pseudonimizate*, astfel încât să poată fi utilizate pentru identificarea persoanelor vizate, altfel nu ar fi utile pentru societățile de publicitate.

GDPR se aplică *brokerilor* de date, indiferent dacă aceştia îşi au sediul în UE sau în afara UE și indiferent unde are loc prelucrarea datelor, deoarece art. 3 GDPR are un efect extrateritorial, aplicându-se și operatorilor de date/împuterniciților operatorilor de date care nu sunt stabiliți în UE, atunci când activitățile de prelucrare a datelor sunt legate de oferirea de bunuri sau servicii persoanelor vizate din UE, indiferent dacă se solicită sau nu efectuarea unei plăți de către persoana vizată sau dacă le monitorizează comportamentul în UE.

Brokerii de date sunt operatori de date, deoarece prelucrează date personale în propriul lor interes, alegând sursele de date, modalitățile de analiză a datelor, societățile cărora le furnizează datele prelucrate. Chiar dacă datele personale au fost colectate de societățile sursă în alte scopuri, *brokerii* determină scopul utilizării lor ulterioare.

2.2.2. Brokerii de date prelucrează *legal* datele personale?

Persoana vizată își dă *consimțământul* pentru ca datele sale să fie *prelucrate* pentru unul sau mai multe *scopuri specifice* [art. 6 (1) (a) GDPR]. Societățile–sursă a datelor personale trebuie să obțină de la persoanele vizate consimțământul pentru prelucrarea datelor lor *și de către terțe persoane*. Altfel *brokerii* care, de regulă, nu colectează direct date de la persoanele vizate, nu pot prelucra datele în mod legal, neavând consimțământul acestora. Conform art. 7 (1) GDPR „operatorul trebuie să fie în măsură să demonstreze că persoana vizată și-a dat consimțământul pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal", fără a specifica în ce context a fost exprimat (în raporturile cu operatorul-sursă sau nu).

De exemplu, un utilizator al serviciilor de email *Yahoo*, își dă consimțământul cu privire la prelucrarea datelor lui la data creării contului/înregistrării și pe parcursul derulării contractului, de fiecare dată când primește notificări de modificare a clauzelor contractuale (*Terms of Service*). În prezent, utilizatorul Yahoo, care și-a dat acordul pentru prelucrarea datelor lui de către Yahoo și de către toate societățile care formau grupul din care făcea parte *Yahoo*, și anume *Verizon Media* și alți parteneri contractuali, din 1 septembrie 2021, întrucât *Yahoo* și *Verizon Media* au fost absorbite (prin *Complete Acquisition*) de *Apollo Global*

Management și afiliații acesteia *Apollo Funds*[101] se consideră că și-a exprimat consimțământul pentru prelucrarea datelor lui de către succesorul Yahoo și toți partenerii lui. Printre acești parteneri se numără și așa numiții *trusted partners,* a căror listă poate fi consultată printr-un *hyperlink* din *Privacy Policy*[102] și care este extrem de lungă[103]; dacă utilizatorii *Yahoo* ar accesa aceste informații (pentru că nu o fac) poate nu le-ar acorda *încrederea* pe care *Yahoo/Apollo Funds* le-o oferă. În secțiunea 6 din *Privacy Policy*[104] se află regulile de *partajare* a

[101] [Online] la: https://www.yahooinc.com/press/apollo-funds-complete-acquisition-of-yahoo/, accesat 25.11.2021.

[102] [Online] la: https://legal.yahoo.com/us/en/yahoo/privacy/index.html, accesat 25.11.2021.

[103] [Online] la: https://legal.yahoo.com/us/en/yahoo/privacy/topics/thirdparties/index.html, accesat 25.11.2021.

[104] Secțiunea 6, intitulată *How We Share This Information*, adică datele cu caracter personal, cuprinde terțele persoane care pot prelucra datele, cu multe *hyperlink*-uri, care vor fi evidențiate ca atare, pentru a arăta că utilizatorul trebuie să-și reserve un timp considerabil pentru a fi informat și pentru a-și putea exprima consimțământul în cunoștință de cauză: „Yahoo shares information within its affiliated brands and companies. We also share information we have about you for the purposes described in this Privacy Policy, including to provide Services that you have requested (including when you connect with third-party apps and widgets). We do not sell, license or share information that individually identifies our customers with companies, organizations or individuals outside of Yahoo unless one of the following circumstances applies: *With Your Consent.* We will share information with companies, organizations or individuals outside of Yahoo when we have your consent. *Within Yahoo.* Information may also be shared within Yahoo, including with other Yahoo Services and affiliates. Yahoo affiliates may use the information in a manner consistent with their privacy policies. *With Partners.* We may share your information with nonaffiliated companies who are: *Trusted Partners.* We provide user information to trusted partners who work on behalf of or with Yahoo based on our directions and in compliance with appropriate confidentiality measures. Learn more. *Advertising, Analytics and Business Partners (Limited to Non-Personally Identifiable Information).* We may share aggregated or pseudonymous information (including demographic information) with partners, such as publishers, advertisers, measurement analytics, apps, or other companies. For example, we may tell an advertiser how its ads performed or report how many people installed an app after seeing a promotion. We do not share personally identifiable information (like phone number or email address) with these partners, such as publishers, advertisers, ad agencies, or analytics partners. When you use third-party apps, websites or other products integrated with our Services, they may collect information about your activities subject to their own terms and privacy policies. We allow other companies that show advertisements on our webpages or apps to collect information from your browsers or devices. Other companies' use of cookies and other data collection technologies are subject to their own privacy policies, not this one. Like many companies, we may allow cookie matching with select partners. But, these parties are not authorized to access Yahoo cookies.”.

datelor utilizatorului din UE, specificându-se (în secțiunea 10) că datele pot fi prelucrate și de terți cu interese legitime, iar persoana vizată își dă consimțământul pentru asta.

Potrivit art. 5 (1) (b) GDPR datele personale trebuie colectate în *scopuri determinate, explicite și legitime* și nu trebuie prelucrate ulterior într-un mod *incompatibil* cu aceste scopuri. Când *brokerul* de date sau o altă societate din sectorul managementului datelor analizează datele personale utilizând metode sofisticate care includ algoritmi bazați pe inteligența artificială, poate ajunge la rezultate/scopuri neavute în vedere, uneori nici măcar imaginate la momentul colectării datelor, nici de operatorul de date, nici de persoana vizată[105]. Scopul prelucrării datelor personale joacă un rol esențial în GDPR. Limitând scopul prelucrării datelor, persoana vizată ar putea avea un oarecare control asupra propriilor date, ceea ce ar avea efecte și asupra concurenței comerciale între societățile din industria datelor. Dacă se poate dovedi că prelucrarea ulterioară a datelor de către *brokerii* de date nu este incompatibilă cu scopurile inițiale, atunci *brokerii* de date se consideră că acționează legal.

Pentru a stabili dacă *brokerii* de date acționează licit sau ilicit este nevoie de o analiză cronofagă și care pare fără sfârșit, trecând de la un *hyperlink* la altul, fără a afla într-un final răspunsul căutat. În orice caz, persoana vizată sau orice altă persoană interesată de legalitatea activității *brokerului* de date ori a oricărui alt profesionist din industria datelor, fie va determina analizarea problemei în cadrul unui *litigiu* (când instanța statală sau tribunalul arbitral va stabili în funcție de probatoriul administrat), fie va face o cercetare teoretică, utilă pentru a fi publicată sau care va servi profesioniștilor ce acționează pe piața datelor pentru a lua măsurile necesare (astfel încât activitatea lor să fie în limitele legalității). Șansele ca un simplu utilizator (persoană vizată, consumator sau orice calitate ar avea) să parcurgă toate informațiile legate de consimțământul pe care îl exprimă sunt aproape nule.

O abordare originală și care pare a da răspunsul potrivit pentru persoana vizată, preocupată de consimțământul exprimat, este aceea utilizată de *Acxiom*[106], care declară la secțiunea *Data Privacy*: „*Complying with the General Data Protection Regulation isn't enough. Use GDPR as a catalyst to strengthen your data governance program in ways that protect your brand and build consumer trust.*". Totuși, se pare, că declarația nu este susținută de măsuri adecvate.

[105] T.Z. Zarsky, *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, în Seton Hall Law Review, vol. 47/2017, p. 1006, [Online] la: https://scholarship.shu.edu/shlr/vol47/iss4/2/, accesat 20.11.2021.

[106] Informație disponibilă [Online] la: https://www.acxiom.com/data-privacy-ethics/gdpr/, accesat 25.11.2021.

Concluzii

Pot fi construite diverse teorii în care datele (personale sau nepersonale) să fie considerate bunuri sau nu, apropriabile sau nu, în care diferite tipuri de contracte să fie interpretate forțat pentru a fi adecvate transmiterii datelor unor parteneri contractuali, în încercarea de a „ajusta" realitatea, ca într-un pat al lui Procust[107], la conceptele care au devenit inutilizabile în contextul evoluției determinate de tehnologie. Aceste concepte au fost create pentru a reglementa relații sociale relativ stabile, într-un mediu caracterizat printr-o evoluție lentă, ce nu mai corespunde situației actuale[108]. În prezent este nevoie de flexibilitate și deschidere spre noi abordări. Alternativa pare să fie acceptarea noilor situații și adaptarea, considerând că datele reprezintă o categorie *sui generis,* care formează obiectul unor contracte nenumite, ce, eventual, ar necesita o reglementare proprie.

Până când o asemenea reglementare va fi adoptată, comerțul cu date se desfășoară după regulile pieței. Chiar dacă juriștii refuză să trateze datele cu caracter personal ca obiect al dreptului de proprietate[109], piața o face deja.

Datele, indiferent de natura lor, reprezintă o marfă și, în același timp, o monedă de schimb pe piața mondială. Datele se vând și se cumpără, există *data brokers* și societăți multinaționale care au în proprietatea lor baze de date care fac obiectul unor contracte de natură comercială. Legislația adoptată la nivel european nu stabilește reguli privind comercializarea datelor, iar celelalte norme (care nu privesc direct comercializarea datelor), mai ales din GDPR, sunt interpretabile sau dificil de aplicat. În orice caz, GDPR nu poate sta în calea comerțului cu date (cu caracter personal). Chiar dacă giganții colectori de date sunt obligați să plătească amenzi uriașe pentru nerespectarea prevederilor GDPR[110], veniturile obținute din comercializarea datelor sunt atât de mari, încât amenzile merită plătite.

---

[107] Procust (în limba greacă, Προκρούστης –Prokroustis) a fost un tâlhar în mitologia greacă, ce îi obliga pe drumeții pe care îi tâlhărea să se întindă în unul dintre cele două paturi pe care le avea, unul mai lung, în care îi punea pe drumeții scunzi și îi întindea ca să se potrivească cu măsurile patului și altul mai scurt, în care îi punea pe drumeții mai înalți și le reteza membrele și capul ca să încapă în pat. În acest sens, a se vedea, Mitologia greacă, Ediția Savalas, Atena, Grecia, 2003, p. 173 (în limba greacă, Ελληνική Μυθολογία, Εκδόσεις Σαββάλας, Αθήνα, Ελλάδα, 2003, σ. 173).

[108] M.D. Fenwick, W.A. Kaal, E.P.M Vermeulen, *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?*, în American University Business Law Review, vol. 6 nr. 3/2017, p. 590, [Online] la: https://digitalcommons.wcl.american.edu/aublr/vol6/iss3/1/, accesat 25.11.2021.

[109] B. Lundqvist, *op. cit.*, p. 199.

[110] De exemplu, Amazon a plătit în perioada 2019-2021 pentru încălcarea prevederilor referitorare la obținerea consimțământului utilizatorilor în ceea privește *cookies* 746 milioane euro, iar Google, 50 milioane de euro în aceeași perioadă ([Online] la:

Referințe

Article 29 Working Party, Opinion 04/2007 on the Concept of Personal Data, 01248/07/EN, WP 136, pp. 9-11, [Online]

Banterle, F., *Data Ownership in the Data Economy: A European Dilemma*, August 1, 2018, p. 3, în *EU Internet Law in the digital era*, edited volume based on the REDA 2017 conference, Springer, 2018

Bietti, E., *The Discourse of Control and Consent over Data in EU Data Protection Law and Beyond*, p. 4, [Online]

Castillo Parrilla, J.A., *The Legal Regulation of Digital Wealth: Commerce, Ownership and Inheritance of Data*, în European Review of Private Law, Vol. 29, nr. 5/2021, p. 818, Kluwer Law International

Chrobak, L., *Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law*, p. 254, în Bakhoum, M., et al. (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Springer, Germany, 2018, https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_10

Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, *Către o economie de succes bazată pe date* {SWD (2014) 214 final}, p. 4, [Online]

Comunicare a Comisiei către Parlamentul European și Consiliu, *Orientări referitoare la Regulamentul privind un cadru pentru libera circulație a datelor fără caracter personal în Uniunea Europeană*, Bruxelles, 29.5.2019 COM (2019) 250 final., [Online]

Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, *Construirea unei economii europene a datelor*, {SWD (2017) 2 final}, Bruxelles, 10.1.2017 COM (2017) 9 final, p. 11, [Online]

Concluziile avocatului general Maciej Szpunar la cauza *Orange România v. Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal* (C-61/19)

De Franceschi, A., Lehmann, M., *Data as tradeable commodity and new measures for their protection*, în The Italian Law Journal, vol. 1, nr. 1/2015, pp. 51-72

Dumitru, M., *Există un drept de opțiune între temeiurile prelucrării datelor cu caracter personal potrivit Regulamentului 2016/679 privind protecția datelor?,* în Revista română pentru protecția și securitatea datelor cu caracter personal, nr. 1/2020, pp. 50-62

Dumitru, M., Pristavu, C.-S., *Consimțământul – un cameleon între temeiurile prelucrării datelor cu caracter personal,* în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 1/2021, pp. 26-49

Durovic, M., Lech, F., *A Consumer Law Perspective on the Commercialization of Data*, în European Review of Private Law, vol. 29, nr. 5/2021, p. 719

Durovic, M., Montanaro, M., *Data Protection and Data Commerce: friends or foes?*, European Review of Contract Law, vol. 17, nr. 1/ 2021, pp. 3-4, https://doi.org/10.1515/ercl-2021-0001

European Commission, *Building a Data Economy in the European Union. Data. Innovation. Growth*, p.1., [Online]

https://www.tessian.com/blog/biggest-gdpr-fines-2020/, accesat 11.11.2021). WhatsApp a fost amendată în 2021 cu 229 milioane euro ([Online] la: https://www.the-future-of-commerce.com/2021/10/06/gdpr-fines-europe-skyrocket/, accesat 11.11.2021).

Fenwick, M.D., Kaal, W.A., Vermeulen, E.P.M, *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?*, în American University Business Law Review, vol. 6 nr. 3/2017

Floridi, L., *Information: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2010, p. 1 și urm.

Floridi, L., *Is Semantic Information Meaningful Data?* în Phisolophy and Phenomenological Research, vol. 70, nr. 2/2005, pp. 351-370, https://doi.org/10.1111/j.1933-1592.2005.tb00531.x

Gervais, D., *Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law*, în Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC), nr. 10/2019

Hoeren, T., *Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe*, în European Intellectual Property Review, 2014, pp. 751-754

Hoeren, T., Bitter, P., *Data Ownership is Dead: Long Live Data Ownership*, în European Intellectual Property Law Review, vol. 40, nr. 6/2018, pp. 347-348, [Online]

Hugenholtz, B., *Against 'Data Property'*, pp. 48-71, în Ullrich, H., Drahos, P., Ghidini, G., (eds.), *Kritika: Essays on Intellectual Property,* vol. 3, Editura Edward Elgar, Cheltenham, 2018

Jade Ngoc Bich, B., *Data brokers facing the new GDPR. A legal analysis of the effects of the GDPR on the processing of personal data by data brokers*, Master thesis, Faculty of Law, University of Oslo, pp. 2-3

Janeček, V., Malgieri, G., *Commerce in Data and the Dynamically Limited Alienability Rule*, în German Law Journal, vol. 21, nr. 5/2020, p. 934 https://doi.org/ 10.1017/glj.2020.47

Kolt, N., *Return on Data: Personalizing Consumer Guidance in Data Exchanges*, în Yale Law & Policy Review, vol. 38, nr. 1/2020, pp. 77-149

Lundqvist, B., *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet-of-Things World: The Issue of Accessing Data*, p. 192, în Bakhoum, M., Conde Gallego, B., Mackenrodt, M.-O., Surblytė-Namavičienė, G., (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach*?, Editura Springer, ebook, 2018

Martin, B.A., *The Unregulated Underground Market for Your Data: Providing Adequate Protections for Consumer Privacy in the Modern Era*, în Iowa Law Review, vol. 105, nr .2/2020

Mourby, M., ș.a., *Are "Pseudonymised" Data Always Personal Data? Implications of the GDPR for Administrative Data Research in the UK*, în Computer Law & Security Review nr. 34 /2018, p. 225, https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.01.002,

Neculaescu, S., *Discuții privind conceptul de obiect al contractului*, în Dreptul nr. 12/2011, p. 22

Polanco, K., *Trimming the Fat: The GDPR as a Model for Cleaning up Our Data Usage*, în Touro Law Review, vol. 36, nr. 2/2020

Shaffer, G., *Trade Law in a Data-Driven Economy: The Need for Modesty and Resilience*, în World Trade Review, vol. 20, nr. 3/2021, p. 259, https://doi.org/10.1017/ S1474745621000069

Śledziewska, K., Włoch, R., *Should We Treat Big Data as a Public Good?*, p. 267, în Mariarosaria Taddeo, Luciano Floridi (Eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2017

Stepanov, I., *Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right – an evaluation*, în International Review of Law, Computers & Technology, vol. 34, nr. 1/2020, p. 67, https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1631621

Stoica, V., *Actualitatea ocupațiunii-mod originar de dobândire a dreptului de proprietate privată*, în Dreptul nr. 9/2005.

Stoica, V., *Noțiunea de bun incorporal în dreptul civil român*, p.7-8, [Online]

Tataru, S.R., *Internet Cookies - fişierele cu răvaş juridic*, în Analale Ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" din Iaşi, Tomul LXVI/Supliment, Ştiinţe Juridice, 2020, pp. 31-58.

Trakman, L., Walters, R., Zeller, B., *Trade in Personal Data: Extending International Legal Mechanisms to Facilitate Transnational Trade in Personal Data?*, în European Data Protection Law Review, vol. 6, nr. 2/2020, p. 2. https://doi.org/10.21552/ edpl/2020/2/10

Ungureanu, C.T., *The Romanian Adherent, Party to the Transnational Adhesion Contract,* in *Studies of Business Law - Recent Developments and Perspectives*, Peter Lang, Berlin, 2013, pp. 263-266

Ungureanu, C.T., *Drept international privat european în raporturi de comerț international*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2021, pp. 33-37

Wentrup, R., Ström, P., *Online Service Providers: A New and Unique Species of the Firm?*, p. 157, în Taddeo, M., Floridi, L., (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2017

Zarsky, T.Z., *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, în Seton Hall Law Review, vol. 47/2017,

Zech, H., *Data as a Tradeable Commodity*, în De Franceschi, A., (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market, Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, Intersentia, 2016, https://doi.org/10.1017/9781780685212

Zech, H., *A Legal Framework for a Data Economy in the European Digital Single Market: Rights to Use Data*, în Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 11, nr. 6/2016, pp. 460-470, https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw049

Zech, H., *Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law*, September 2017, p. 7, în Drexl, J., (ed.), *Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition*, Edward Elgar Publishing

Zwattendorfer, B., Stranacher, K., Tauber, A., Reichstädter, P., *Cloud Computing in E-Government across Europe A Comparison*, pp. 181-195, în Kő A., Leitner C., Leitold H., Prosser A. (eds.) *Technology-Enabled Innovation for Democracy, Government and Governance*, 2013, Lecture Notes in Computer Science, vol. 8061, Springer, Berlin, Heidelberg, https://doi.org/10.1007/978-3-642-40160-2_15

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-2

Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!

Taking (Public) Transnational Law Seriously!

RADU BOGDAN BOBEI[1]

Rezumat: Am fost obișnuiți cu ideea potrivit căreia elaborarea dreptului internațional este numai „afacerea” statelor-națiune. Ideea unui drept internațional centrat pe statele-națiune a inspirat realitățile secolului XX. În momentul scrierii prezentului articol, iau act de faptul că dreptul internațional a devenit și „afacerea” privaților. Societatea internațională tinde să devină o adevărată societate transnațională. În stadiul creării sale, dreptul internațional tinde să devină un adevărat drept transnațional. Așa-numita metodologie „drept transnațional” ne invită pe noi toți să luăm dreptul transnațional (public) în serios!

Cuvinte-cheie: drept transnațional, drept internațional, drept național, ordini juridice

Abstract: We have been accustomed with the idea that the making of international law is the „business” of the nation-States only. The idea of a State-centric international law inspired the realities of the XXth centrury. At the time of drafting this paper, I note that international law became the „business” of the private actors as well. International society amounts to become truly a transnational law. In the process of its making, international law amounts to become a true transnational law. The so-called methodology of „transnational law” invites us all to take (public) transnational law seriously!

Keywords: transnational law, international law, national law, legal orders

I. Reperele propriului demers doctrinar

În 1956, profesorul Philip C. Jessup sesiza existența unor situații care implicau statele-națiune, alte tipuri de colectivități, dar și plurale și diverse persoane fizice, respectiv juridice. Aceste situații erau susceptibile de a fi întâlnite atât în interiorul, cât și în exteriorul statelor națiune. Ar fi fost atunci, este și acum, impropriu ca aceste situații să fie numite „inter-naționale”. Situația inter-națională, de altfel reglementabilă de dreptul inter-național, aduce (a) în discuție, potrivit mentalului colectiv, „raporturile unei națiuni (sau alte unui stat)

[1] Membru *ad honorem* în Consiliul de Conducere al Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat (UNIDROIT), Roma; conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, email: radu-bogdan.bobei@drept.unibuc.ro

cu alte națiuni (cu alte state)"[2]. Iată de ce, cu riscul de a decepționa pe internaționaliști, și i-a decepționat pe deplin, „rebelul" Jessup a utilizat termenul „transnațional" pentru a evalua situațiile trans-naționale din perioada imediat ulterioară sfârșitului celui de-al Doilea Război Mondial[3]. Termenul „internațional" era nepotrivit, întrucât profesorul Jessup era preocupat mai degrabă de chestiunea identificării „legii aplicabile complexei comunități globale" ai cărei membri nu se limitau la statele-națiune. Această comunitate implica - implică și astăzi -, plurali și diverși actori (*exempli gratia* persoana fizice necoagulate în osatura persoanelor juridice, corporații, comunități religioase și non-religioase, etc.) Toți acești actori interacționau atunci – ca și acum, în interiorul, respectiv în exteriorul, statelor-națiune. Chestiunea în discuție nu implica sau nu implica numai aria tradiționalului drept inter-național. De altfel, termenul „trans-național" era utilizat de Philip C. Jessup în contextul analizării ariei relațiilor internaționale, iar nu în contextul analizării propriu-zise a ariei dreptului internațional însuși.

Fie și din considerente terminologice, Philip C. Jessup, atașând noțiunea „trans-național" termenului „drept", a considerat că formula terminologică („dreptul transnațional") era mai potrivită decât sintagma „drept internațional", cel puțin în demersul de desemnare a unui anumit cadru normativ (și quasi-normativ, n.n.). Da! Pentru profesorul Philip C. Jessup, se pare că dreptul transnațional constituia un *sui generis* (alt, n.n.) sistem de drept. În orice caz, este vorba despre acel cadru de care avea nevoie societatea internațională devenită, grație sau din cauza subiectelor de drept privat, o tumultuoasă societate trans-națională[4]. Aceasta din urmă genera, generează mai cu seamă în zilele noastre, plurale și diverse raporturi denumite, pe alocuri neinspirat, „inter-naționale". Denumirea este neinspirată, întrucât, în cadrul societății trans-naționale, statele-națiune nu sunt singurele inițiatoare de raporturi juridice.

Cu alte cuvinte, în cadrul societății transnaționale nu există numai raporturile unui stat-națiune cu alt stat-națiune. Se ivesc, sau se ivesc preponderent, raporturi juridice directe între state-națiune și persoane fizice ca atare, pe de o

[2] A se vedea Ph. C. Jessup, *Drept transnațional*, Editura Universul Juridic, București, 2021, pp. 1-2.

[3] „Situațiile transnaționale pot implica persoane fizice, corporații, state, organizații constituite ca atare sau alte forme de organizare socială". A se vedea Ph. C. Jessup, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 1, p. 12.

[4] Cu privire la „intimitatea" dreptului transnațional cu aria relațiilor internaționale, a se vedea K. Nowrot, *Aiding and Abetting in Theorizing the Increasing Softification of the International Normative Order: A Darker Legacy of Jessup's Transnational Law?,* în P. Zumbansen (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal,* Cambridge University Press, 2020, pp. 105-125. De altfel, termenul „transnațional" a preocupat și îi preocupă pe specialiștii în drept internațional și relații internaționale deopotrivă. A se vedea A. C. Cutler, *Locating Private Transnational Authority in the Global Political Economy,* în P. Zumbansen (ed.), *supra.cit.*, pp. 321-347.

parte, între state-națiune și alte tipuri de colectivități neorganizate, pe filon teritorialist, în matricea statului-națiune, pe de altă parte. În egală măsură, sunt deloc neglijabile raporturile stabilite „pe orizontală" de clasicele subiecte de drept public și privat deopotrivă; aceste raporturi funcționează *dincolo de,* dar și *pe* teritoriile statelor-națiune. În fața realităților transnaționale generate de contorsionata societate transnațională, dreptul internațional își vedea și își vede „secătuită" metodologia. Era și este nevoie de o doctrinară certă „rupere de ritm", sau măcar de un proiect doctrinar cu efecte dezarmante pentru noi, cei educați juridic în epoca istorică a efervescentului stat-națiune. Astfel că s-a pronunțat, rebel, de către rebelul Jessup, sintagma „Drept transnațional".

Am mai spus-o și cu alte ocazii: profesorul menționat nu este genitorul sintagmei „drept transnațional"[5]; chiar Philip C. Jessup admitea faptul că adjectivul „transnațional" a fost utilizat anterior anului 1956 de Myes McDougal, Joseph E. Johnson, Percy Elwood Corbett. În orice caz, pentru Philip C. Jessup, dreptul transnațional semnifica un instrumentar sau un arsenal de reguli sau un „depozit" de reguli. Iar aceste reguli erau destinate să constituie osatura unui *sui generis* (alt, n.n.) sistem de (quasi)drept care ființa prin porii curentului doctrinaro-academic „Drept și societate". Este imprudent să-ți proclami renascentismul în sens de omnisciență. De altfel, Phillip C. Jessup a fost prudent și, prin urmare, ne-a indicat, exemplificativ și nelimitativ, despre care reguli este vorba: regulile de drept internațional public și privat, respectiv așa-numitele „reguli reziduale"[6]. Acestea din urmă sunt, logic, acele reguli care nu se încadrează deloc sau nu se încadrează în totalitate în primele categorii de reguli evocate. În orice caz, toate aceste reguli confereau domeniului expandat al dreptului internațional o funcționalitate și/sau preponderent, să o denumesc, „privată"[7]. Putem spune astăzi că efectuarea exercițiului doctrinar al dreptului

[5] Se pare că profesorul elvețian Max Gutzwiller a utilizat pentru prima oară terminologia „drept transnațional". Ulterior, profesorul Ernst Rabel a aplicat conceptul „drept transnațional" în faimoasa lucrare *Conflictul de legi. Un studiu comparativ.* Am mai menționat aceste chestiuni în propriul articol *Abordare preliminară asupra diferitelor accepțiuni ale noțiunii „drept transnațional"* publicat în Revista Română de Drept Internațional, ediția ianuarie - iunie 2020, pp. 7-45. Am analizat, de asemenea, în reputata Revistă Română de Drept Internațional, ediția iulie-decembrie 2020, pp. 5-39, și originile (comerciale) ale dreptului transnațional.

[6] A utilizat sintagma „reguli reziduale" G. Shaffer, *Theorizing Transnational Legal Ordering,* în Annual Review of Law and Social Science, vol. 12 (2006), pp. 231-253. Doi autori au susținut că noțiunea „drept transnațional", astfel utilizată de Ph. C. Jessup, includea dreptul internațional, dar impunea și o contemplare „dincolo de" dreptul internațional însuși. A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders,* în Peer Zumbansen (ed.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 126-152.

[7] Fie că sunt în versiune „solidă" (*hard law),* fie că sunt în versiune „lichidă" (*soft law),* aceste alte reguli („regulile reziduale") impulsionează, potrivit unui autor, manifestarea

transnațional a fost cauzată și de componenta „privată" a dreptului internațional însuși.

Sugerez ca titlul acestui articol să fie lecturat în lumina câtorva repere.

În primul rând, „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!" nu constituie, în pofida utilizării semnului exclamării, un mesaj autoritar. Constituie însă un mesaj-invitație cu vocație de ne îndemna pe noi toți să conștientizăm existența situațiilor transnaționale. „Înainte de regulă, există problema" afirma magistral Charles Eisenmann în 1954[8]. „Înainte de problemă există conștientizarea existenței însăși a problemei" afirm astăzi. Așadar, proclam doctrinar, însă ne-magistral, trioul „*conștientizarea* problemei (transnaționale, n.n.) - *problema transnațională* ca atare - *regula* cu vocație de gestionare a problemei transnaționale". În van există situații transnaționale dacă nu vom conștientiza existența acestora! Un semn al neconștientizării transpare din faptul că vom continua să privim și să analizăm situațiile transnaționale potrivit tiparului familiar numai situațiilor inter-naționale sau potrivit tiparului familiar numai situațiilor naționale! Odată conștientizată existența situațiilor transnaționale, sunt șanse să identificăm care dintre reguli ne sunt utile pentru abordarea situațiilor transnaționale însele. Ne pot fi utile reguli de drept internațional fie public, fie privat, sau ne pot fi utile o serie de reguli reziduale, inclusiv reguli quasi-normative. Toate acestea ne pot fi utile selectiv și diferențiat sau neselectiv și paușal. Concret și direct: odată conștientizată existența situațiilor transnaționale, sunt șanse să identificăm instrumentarul de care avem nevoie atunci când analizăm situațiile transnaționale însele.

În plus, sunt șanse să recunoaștem, în alt cadru (cadrul transnațional, n.n.), existența unor familiare distincții, de altfel diluate și contorsionate; *exempli gratia*, este vorba despre distincțiile dintre dreptul internațional și dreptul intern, drept autohton și drept străin, dreptul public și dreptul privat, entitățile statale și entitățile non-statale, reguli juridice și non-juridice etc. Odată recunoscută

normativității relative a dreptului internațional. A se vedea K. Nowrot, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 105-125. În lumina acestei idei, coexistența regulilor „solide" și „lichide" în același „spațiu" social conduce, inevitabil, la ideea inspirată de noțiunea „transnațional". Îmi pare hazardată stabilirea identității conceptuale a dreptului transnațional în considerarea (exclusiv) a mixturii informe a sus-menționatelor reguli. Mai degrabă, identitatea dreptului transnațional este conferită de interacțiunea, deloc pacifistă, ca atare (și) a regulilor în discuție. În orice caz, autorul K. Nowrot evidențiază compatibilitatea unor domenii (*e.g.*, dreptul societar, dreptul muncii, dreptul mediului) cu trans-naționalizarea dreptului internațional manifestată (și) prin reguli „lichide" (reguli *soft law*). Mai evidențiază acest autor și incompatibilitatea altor domenii (*e.g.,* dreptul internațional umanitar, dreptul internațional al drepturilor omului, dreptul internațional penal) cu sus-menționatul fenomen de trans-naționalizare a dreptului internațional manifestată (și) prin regulile menționate.

[8] A se vedea Ch. Eisenmann, *Les Sciences sociales dans l'enseignement supérieur: droit* ou *The University Teaching of Social Sciences-Law,* Unesco, Paris, 1954, p. 44.

existența acestor distincții, sunt șanse să privim *dincolo de* acestea. Atenție: „*să privim dincolo*" nu înseamnă să negăm distincțiile evocate! Nu îndemn prin scrierile mele la revoluții și contra-revoluții doctrinare! Însă realitățile transnaționale contemporane, care sugerează o stare de pace, paradoxal revoluționară și/sau contrarevoluționară, mă îndeamnă *să privesc dincolo*!, pe de o parte, să proiectez distincțiile menționate exemplificativ în miezul iureșului ireal de dezarmant care emană din „trans", pe de altă parte[9].

În al doilea rând, „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!" ar sugera că există și un drept transnațional (privat), respectiv un drept transnațional mixt (public și privat) sau un quasi-drept transnațional. Mai exact: specialiștii în clasicul sau tradiționalul drept internațional susțin că vivacitatea dreptului transnațional s-ar datora, preponderent sau exclusiv, versiunii de drept public a dreptului internațional însuși; specialiștii în clasicul sau tradiționalul drept (intern) privat susțin că vivacitatea dreptului transnațional s-ar datora, preponderent sau exclusiv, versiunii de drept privat a sistemelor de drept intern. În orice caz, aceste *sui generis* tipuri, dacă există, de drept transnațional, sau, mai bine zis, aceste *tipuri* de manifestări ale dreptului transnațional, de altfel existente, nu merită să fie luate în serios?

Răspunsul este afirmativ. Însă din considerente de spațiu abordez, deocamdată, numai componenta sau manifestarea – să o numesc „publică" (de drept public, n.n.), a proiectului doctrinar cu vocație normativă și quasi-normativă al dreptului transnațional. Vom vedea însă că nu este vorba despre o componentă autentică, în viziunea tradițională, de drept public. Susțin acest lucru, întrucât respectiva componentă a fost și este „pervertită" de-a lungul timpului de plurale, respectiv diverse, subiecte de drept privat. În orice caz, procedez, prin clasificarea, de altfel devenită artificială, „public-privat", la contemplarea, minimal-descriptivă, a dreptului transnațional public.

Am spus „devenită artificială", întrucât s-a diluat de ceva timp distincția netă între componentele publice și private ale sistemului normativ în general; cum să nu se dilueze distincția netă evocată din moment ce actorii privați au dobândit, îmi pare cu acordul, chiar și tacit, al statelor-națiune, sau cu acordul expres al experților sau/și prin implicarea activă a experților, prerogative de drept public, iar statele-națiune au comportamente de drept privat chiar și atunci

[9] Sunt utile distincțiile! Este însă dăunător, intelectualmente cel puțin, să rămânem „înțepeniți" în arealul distincțiilor, cel puțin în versiune netă. Este dăunător mai ales atunci când situațiile transnaționale le provoacă destinul, le determină să funcționeze interșanjabil. Mecanismele dreptului transnațional ne pot determina să transcendem, fără a contesta, distincțiile care pulsează în programele contemporane de educație juridică. Profesorul Jessup ne-a invitat de mult timp pe noi toți să „ieșim" din definiții nete, dar și din clasificări nete. A se vedea B. Horrigan, *Transnational Law and Adjudication: Domestic, International and Foreign Intersections*, în P. Zumbansen (ed.), *supra.cit.*, nota de subsol nr. 3, pp. 197-223.

– ce chestiune şocantă! – când acţionează *de jure imperii*?[10]; cum să nu se dilueze aceeaşi distincţie din moment ce statele-naţiune apelează, în scopul exercitării, chiar *de jure imperii* (altă chestiune şocantă!), a propriilor prerogative, la actorii privaţi dispersaţi pe mapamond?; cum să nu se dilueze distincţia în discuţie din moment ce revoluţia industrială, care a fortificat distincţia în secolele XVIII-XIX[11], a fost înlocuită de contemporana revoluţie digitală, iar aceasta a aneantizat Spaţiul şi distincţiile în lumina cărora am fost educaţi juridic? Au contribuit la această diluare chiar situaţiile transnaţionale generatoare de revoluţie neo-monistă[12].

[10] O serie de state naţiune şi-au delegat prerogativele către subiectele de drept privat; această delegare *sui generis* a fost impulsionată de privatizările activelor din economiile anumitor state-naţiune. Pentru evidenţierea acestei delegări, a se vedea P. Zumbansen, *Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation*, în German Law Journal, vol. 5 (2004), nr. 12, pp. 1499-1520. Chestiunea privatizărilor poate fi abordată şi din perspectiva aşa-numitelor „probleme transnaţionale din domeniul vieţii de afaceri". A se vedea D. F. Vagts, W. S. Dodge, H. L. Buxbaum, H. H. Koh, *Transnational Business Problems*, ed. a VI-a, Foundation Press, St. Paul, 2019, pp. 390-395. „Încrucişarea" prerogativelor subiectelor de drept semnifică: (i) asumarea şi exercitarea de către clasicele subiecte de drept privat a prerogativelor „publice"; (ii) asumarea şi exercitarea de către clasicele subiecte de drept public, care acţionează *de jure imperii* - aici este şocul! -, a prerogativelor „private". Această (ne)dorită „încrucişare" este sursa interşanjabilităţii care, se pare, conferă identitate normativă şi quasi-normativă, în orice caz derutantă, lui „trans".

[11] De altfel, Kelsen susţinea inaplicabilitatea distincţiei dintre dreptul internaţional „public" şi dreptul internaţional „privat". Pentru evidenţierea acestui aspect, a se vedea A. C. Cutler, *Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law*, în Review of International Political Economy, vol. 4 (1997), nr. 2, pp. 261-285.

[12] În arealul dreptului internaţional, neo-monismul implică reunirea componentelor „publică" şi „privată" sub cupola dreptului internaţional însuşi. Cu privire la neo-monismul de inspiraţie nord-americană al dreptului internaţional, a se vedea H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law,* în Yale Law Journal, vol. 106 (1997), pp. 2599-2659. Diluarea „graniţei" dintre sus-menţionatele componente a fost sesizată recent şi mai puţin recent de literatura nord-americană. De exemplu, M. Reimann, *From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum,* în Pennsylvania State Internatiobal Law Review, vol. 22 (2004), nr. 3, pp. 397-415. Societatea transnaţională, astfel compusă din state-naţiune şi subiecte de drept privat deopotrivă, i-a determinat unii autori francezi să nu-şi mai denumească materialul didactic „Drept internaţional public", ci „Drept internaţional". A se vedea D. Carreau, F. Marella, *Droit international,* Pedone, ed. a XI-a, 2012, p. 69, astfel citat de G. Lhuilier, *Le Droit Transnational,* Dalloz, Paris, 2016, p. 245. (Şi) prin faptul că îi cuprinde şi pe „privaţi", dreptul inter-naţional s-a trans-naţionalizat de-a dreptul. Trans-naţionalizarea semnifică, în esenţa lucrurilor, lipsa oricărei ierarhii între subiectele de drept privat şi subiectele de drept public; este vorba despre acele subiecte de drept care activează în societatea internaţională devenită trans-naţională. Mai semnifică şi lipsa unei ierarhii între aplicarea regulilor de drept internaţional şi aplicarea regulilor de drept naţional.

Și totuși, m-am hazardat să evidențiez, prin scrierea acestui articol, o serie de manifestări ale dreptului transnațional în versiunea sa publică, pentru măcar un considerent: proiectul doctrinar al dreptului transnațional nu operează numai cu diverse concepte fundamentale sau concepte-cheie subsumabile clasicelor aspecte numai private (de drept privat, n.n.); operează, chiar interșanjabil, uneori preponderent, cu noțiuni fundamentale subsumabile aspectelor și publice (de drept public, n.n.) ale vieții sociale[13]. Cum aș fi putut să nu contextualizez asemenea manifestări „publice" ale dreptului transnațional, însă fără a dinamita diviziunea „drept public/drept privat" atât de dragă lui Ulpian? Și m-am jucat doctrinar cu hazardul în pofida faptului că, am menționat deja, pentru specialiștii în drept transnațional, și-a pierdut vlaga distincția, cel puțin distincția netă, între dreptul public și dreptul privat, pe de o parte, între dreptul internațional și dreptul intern, pe de altă parte[14].

În al treilea rând, „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!" ar putea sugera că urmează să evidențiez dreptul transnațional (public) sau manifestările de drept public ale acestuia în integralitatea sa. Scopul meu doctrinar este mult mai modest și, cu siguranță, atins de imperfecțiune. Din multitudinea de chestiuni subsumabile versiunii publice a dreptului transnațional[15], mi-am propus să abordez, măcar preliminar și prospectiv, o singură chestiune.

Este vorba despre chestiunea care implică *formularea* sau *emiterea* de reguli în foruri publice. Aceste foruri pot fi, *exempli gratia*, organizații inter-

[13] Pentru utilizarea noțiunii „concepte-cheie", dar și pentru evidențierea, respectiv analizarea acestora (*e.g.*, pluralitate și interlegalitate, teritorialitate și competență etc.), a se vedea A. C. Aman Jr., C. J. Greenhouse, *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, 2017, pp. 12-47.

[14] A se vedea H. H. Koh, *Why Transnational Law Matters,* în Pennsylvania State International Law Review, vol. 24 (2006), pp. 745-753.

[15] Componenta „publică" a dreptului transnațional are ca premisă de discuție doctrinară componenta „publică" a dreptului internațional însuși. De aceea, unii autori schițează, de exemplu, introducerea elementară în dreptul transnațional prin contemplarea dreptului internațional cutumiar, a dreptului tratatelor, dar și a prezumției contra aplicării extra-teritoriale a reglementărilor naționale. A se vedea D. F. Vagts, W. S. Dodge, H. L. Buxbaum, H. H. Koh, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 63-114. În orice caz, este neavenită creionarea unei sinonimii juridice între dreptul transnațional public și dreptul internațional public, așa cum procedează reputata autoare S. Engle Merry, *New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law,* în Law & Society Enquiry, vol. 31 (2006), pp. 975-995. Alți autori potențează componenta publică a dreptului transnațional prin recurgerea la menționarea, în concret, a unor tratate și acorduri internaționale (de exemplu, Acordul de la Paris din 2015), sau prin recurgerea la menționarea unor acorduri comerciale regionale (de exemplu, la NAFTA, în prezent înlocuit de USMCA), sau prin recurgerea la menționarea unor aspecte care implică Organizația Mondială a Comerțului. A se vedea A. C. Aman Jr., C. J. Greenhouse, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 12, pp. 51-274.

guvernamentale (internaționale, n.n.) entități guvernamentale/legislative naționale. Vom vedea că aceste reguli au, în pofida formalei proveniențe (internaționale, respectiv naționale, n.n.), statutul unei reguli de drept transnațional. Cu alte cuvinte, pot dobândi statutul de reguli de drept transnațional fie regulile de drept național, fie regulile de drept internațional; cu ocazia scrierii unui alt eventual articol, vom vedea că și regulile quasi-normative pot dobândi statutul unor reguli de drept transnațional. În orice caz, este de sesizat faptul că toate aceste reguli (de drept internațional, intern sau reguli quasi-normative, n.n.) se influențează reciproc, migrează dintr-un spațiu normativ în altul, sunt neobosite în demersul de identificare a unor noi și noi destinații geografico-normative; influențarea reciprocă și migrarea constituie un aspect al mecanismului sau metodologiei cunoscute și sub denumirea de „drept transnațional". În plus, aceleași reguli influențează ordinea juridică internațională, ordinile juridice locale, ordinile quasi-juridice și viceversa. Influențarea permanent activă sau latentă conduce, inevitabil, la ivirea unor ordini juridice metise. Acestea sunt ordinile juridice transnaționale construite - urmează să evidențiez mai jos -, de diverși *actori.* Aceștia instituie *reguli, mecanisme* desfășurabile în foruri publice plurale și diverse.

Așadar, urmează să abordez chestiunea mecanismului de trans-naționalizare[16] numai în privința *formulării* regulilor sus-menționate. Există și un mecanism de trans-naționalizare care implică *interpretarea* sau/și *aplicarea* acelorași reguli. Este imprudent științific să neglijez și trans-naționalizarea mecanismelor de *soluționare* a litigiilor de instanțele locale de judecată (așa-numita „trans-naționalizare judiciară")[17] sau, în domeniul investițiilor, de tribunalele arbitrale (așa-numita „trans-naționalizare arbitrală"[18]). De asemenea, este imprudent științific să neglijez trans-naționalizarea, în sens de „privatizare",

[16] În contextul folosit, termenul „trans-naționalizare" constituie (i) utilizarea unei reguli (sau a concepției generatoare de asemenea reguli) create într-o ordine juridică sau quasi-juridică în demersul de creare a unei reguli din altă ordine juridică sau quasi-juridică, dar și (ii) crearea unei reguli dintr-o ordine juridică sau quasi-juridică prin „importarea" unei reguli deja create în altă ordine juridică sau quasi-juridică, respectiv (iii) influențarea creării unei reguli dintr-o ordine juridică sau quasi-juridică de o regulă din altă ordine juridică sau chiar de o quasi-regulă. Suntem în prezența metodologiei dreptului transnațional utilizate în versiunea transplantului. Doctrina din domeniul transplantului juridic a fost efervescentă în ultimii ani. A se vedea, de exemplu, R. Michaels, *State Law as a Transnational Legal Order*, în UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law, vol. 1 (2016), pp. 141-160. Reținem că, în accepțiune similară, termenul „trans-naționalizare" este incident și în activitatea de soluționare a litigiilor de către instanțele locale de judecată. Este relevant articolul scris de B. Horrigan, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 197-223.

[17] A se vedea B. Horrigan, *supra.cit.* nota de subsol nr. 8, pp. 197-223.

[18] A se vedea S. Ali, *Transnational Law and Global Dispute Resolution*, în Peer Zumbansen (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 3, pp. 224-239.

a mecanismelor de executare silită a sentințelor arbitrale și a hotărârilor judecătorești[19]. Toate aceste din urmă fenomene de trans-naționalizare merită o analiză posibil viitoare, însă cert distinctă și profundă.

Urmează să sesizăm faptul că nu sunt străine de mecanismul trans-naționalizării *formulării* regulilor în discuție persoanele fizice ca atare sau persoanele fizice coagulate în corporații, persoanele juridice de drept public („publice") și de drept privat („private", inclusiv organizații non-guvernamentale) deopotrivă. Se va constata faptul că un mozaic de actori participă la inițierea și perpetuarea funcționării mecanismului *formulării* regulilor menționate. Iată de ce, pe parcursul acestui articol, ne vom întâlni, inevitabil, cu tipologii diverse și plurale de actori ai dreptului transnațional. De altfel, orice „poveste" de drept transnațional implică *reguli* și *actori* naționali, respectiv internaționali, de drept privat și de drept public deopotrivă; mai implică și actori quasi-normativi generatori, logic, de quasi-normativități care influențează, cu adevărat direct, însuși sistemul normativ internațional, respectiv sistemele normative naționale. Internaționalul și naționalul, publicul și privatul, normativul și quasi-normativul joacă interșanjabil. Chiar se joacă derutant cu noi, doctrinarii educați juridic în epoca istorică a statelor-națiune independente, dar mai puțin inter-dependente. Actorii menționați operează în interiorul și dincolo de teritoriile statelor-națiune; mai operează dincolo de dreptul internațional, dar și dincolo de sistemele de drept național. Grație sau din cauza dreptului transnațional, toate aceste ordini juridice se atrag, se resping, se intersectează, se suprapun, construiesc și pulverizează destine. Este vorba despre destinele statelor-națiune, dar și despre destinele oricăror alți actori ai societății transnaționale.

Aceeași „poveste" a dreptului transnațional mai implică *mecanisme* sau *procedee* sau *metode* prin care actorii plurali și diverși ca natură construiesc, reconstruiesc într-un ritm amețitor de furibund *ordini juridice transnaționale*[20].

[19] „Privatizarea" operează și prin instrumentele quasi-legislative emise de corporații (*e.g.*, prin „Codul" emis de compania Nike). Pentru analiza „privatizării" ordinilor juridice, fie internațională, fie naționale, de către corporații, a se vedea R. Michaels, *The Dual Privatisation of Law in Globalisation,* în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)- Northampton, MA (USA), pp. 162-171.

[20] Documente din arhiva bibliotecii Congresului american scot la iveală „lucrările pregătitoare" ale prelegerii denumite „Drept transnațional" și desfășurate în anul 1956. Din conținutul acestor documente, reținem că, potrivit concepției profesorului Jessup, nu se poate analiza dreptul transnațional prin ignorarea actorilor, regulilor și mecanismelor de drept transnațional. A se vedea F. Grisel, *Transnational Law in Context, The Relevance of Jessup's Analysis for the Study of 'International Arbitration'*, în P. Zumbansen (ed.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 186-196. A se vedea și P. Zumbansen, *Where the Wild Things Are: Journeys to Transnational legal Orders and Back,* în UC Irvine

Acestea din urmă evidențiază, într-o exprimare plastică, modul în care valurile (ordinea juridică internațională și ordinile juridice naționale) se sparg de promontoriul (dreptul transnațional) normativ și quasi-normativ al contemporaneității. Suntem privilegiați ca doctrinari! Și spun asta, întrucât ne-a fost dat să contemplăm acest promontoriu și să ne refugiem pe el. Iar acolo - pe și de pe acest promontoriu -, putem privi detașat spectacolul derutantelor interacțiuni ale tuturor acestor ordini juridice! Putem privi, fără teamă, furtunile normative și quasi-normative metise care ne-au „înecat" concepțiile juridice; acestea din urmă erau utilizate cu patos juvenil în secolele XIX și XX. Însă îmi place să cred că doctrinarii începutului de secol XXI s-au salvat: au înțeles că realitatea post-post-modernă este metisă; au înțeles că această realitate constituie sursa ordinilor juridice transnaționale, ele însele metise; au înțeles că aceeași realitate sugerează, deocamdată calin, punerea accentului didactic pe arii de învățare, iar nu neapărat pe discipline care își apără, cu entuziasm belicos, „teritoriile".

Dreptul transnațional ne sugerează necesitatea înțelegerii măcar a unui alt aspect. Prin inițiative care implică state-națiune[21] sau/și organizații inter-guvernamentale (internaționale, n.n.), subiectele de drept privat, odinioară participanți la raporturi guvernate de dreptul internațional, se manifestă, *de facto,* ca veritabile subiecte de drept internațional[22]. Astfel, prin propriile inițiative, actorii privați impulsionează *direct,* pe alocuri decisiv, prin recurgerea

Journal of International, Transnational and Comparative Law, vol. 1 (2016), pp. 161-194. Cred că este utilă evaluarea trioului „actori, norme, mecanisme" în considerarea ideii „Jessup" potrivit căreia dreptul transnațional constituie, alături de instituția conflictului de legi, respectiv de sistemul de drept internațional, un domeniu distinct de cercetare. A se vedea P. Zumbansen, *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power*, în Law and Contemporary Problems, vol. 76 (2013), pp. 117-138.

[21] De exemplu, prin inițiativa care a condus la emiterea Principiilor Directoare ale Națiunilor Unite referitoare la mediul de afaceri și drepturile omului.

[22] Sesizează importanța crescândă, aș spune covârșitoare în ultimii treizeci de ani, a subiectelor de drept privat în producerea de drept internațional și B. Horrigan, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 8, pp. 196-223. De altfel, centrarea dreptului internațional pe subiectele de drept privat, iar nu (numai) pe statele-națiune, constituie geneza tăcută, dar fermă a așa-numitei „individualizări" a dreptului internațional însuși. Individualizarea este facilitată de dreptul internațional al drepturilor omului, astfel că este utilă lucrarea lui A. Peters, *Beyond Human Rights. The legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, 2018. Plusez: individualizarea în discuție este facilitată și de dreptul internațional al investițiilor supus actualmente, sub auspiciile UNCITRAL, unui amplu proces de reformă. Cu privire la inițierea acestui proces, a se vedea și D. P. Fernández Arroyo*, Adjudicating Public Interests by Private Means: The Inescapable Involvement of States in the Chevron/Ecuador Saga,* în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 18, pp. 56-75.

la actorii publici (state-națiune) reuniți sau nereuniți în instituții inter-guvernamentale (internaționale, n.n.), emiterea de instrumente de drept internațional „lichid" (*soft law)* și „solid" (*hard law*). În cadrul acestor inițiative, actorii publici sunt mobilizați de actorii privați să se orizontalizeze și să orizontalizeze mecanismele de producere a dreptului internațional. Grație sau din cauza orizontalizării, actorii publici au fost atrași (sau/și ademeniți?) în arealul contorsionat al lui „trans". Societatea internațională, de altfel sensibilă la verticalizare[23], a devenit, prin orizontalizare, trans-națională. Orizontalizarea își joacă o bună parte din cărți, inclusiv cu privire la conceptul „reguli sau norme de drept transnațional"; rămâne de văzut *când*, *dacă* și *cum* va utiliza as-ul[24]. În orice caz, îmi pare, în acest stadiu al propriilor cercetări, că orizontalizarea este, de fapt, esența mecanismului juridic transnațional[25]. Aceasta este, de fapt, una dintre fațetele de manifestare ale societății transnaționale pentru care ierarhiile constituie un corp străin[26].

Societatea transnațională ne conferă nouă tuturor, privatiști și publiciști, interniști, internaționaliști, prilejul de a reconstrui, prin transnațional, dreptul

[23] Verticalizarea constituie „sufletul" clasificării subiectelor de drept internațional în primare și derivate. În condițiile trans-naționalizării puse în practică de societatea transnațională, îmi pare că respectiva clasificare, de altfel centrată pe statul-națiune, a devenit arhaică. Este prea mult și, poate violent, spus: „Nu mai există dreptul internațional !". Există!, însă dreptul internațional nu mai este centrat pe state-națiune. Așa fiind, „Există dreptul internațional!", însă realitățile transnaționale au aruncat în arhaic dreptul internațional centrat pe statele-națiune.

[24] S-a sesizat înaintea mea faptul că, din perspectiva legii aplicabile fondului litigiului, art.42 (1) din Convenția ICSID consacră posibilitatea aplicării *neierarhizate* (orizontalizate, n.n.) a normelor de drept internațional și a normelor de drept național. Aplicarea *ierarhizată* a acestor norme este familiară tribunalelor arbitrale inter-naționale și naționale. În plus, aplicarea *neierarhizată* permite Tribunalelor arbitrale ICSID să se „autonomizeze" (detașeze) de ordinile juridice naționale (inclusiv de principiul *lex fori);* tribunalele arbitrale inter-naționale și naționale soluționează litigii sub „cupola" lui *lex fori.* Așa fiind, aceste din urmă tribunale nu se pot detașa de ordinile juridice naționale (și de ordinea juridică internațională, n.n.), astfel că va trebui să aplice întotdeauna principiul *lex fori.* A se vedea F. Grisel, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 19, pp. 186-196.

[25] Iată o conceptualizare a mecanismelor juridice transnaționale: „modalități teoretice și practice prin care actori publici și privați - state-națiune, organizații internaționale, companii multinaționale, organizații non-guvernamentale și persoane „private" - interacționează într-o varietate de foruri publice și private, interne și internaționale în scopul de a elabora, interpreta, valorifica și, în sfârșit, în scopul de a internaliza reguli de drept transnațional". A se vedea H. H. Koh, *Transnational Legal Process*, în Nebraska Law Review, vol. 75 (1996), nr. 1, pp. 181-207.

[26] Prin absența ierarhiilor și a centrelor de putere sau a centrelor de putere a căror sferă de influență este stabilită volatil, să fie oare societatea transnațională generatoare de anarhie? Iată o întrebare care necesită o îndelungată și nepripită analiză.

internațional însuși, dar și sistemele de drept național[27]. Ne mai conferă prilejul de a proiecta ordinea juridică internațională și ordinile juridice naționale în ADN-ul ordinilor juridice transnaționale. Acolo, în „trans", cele două tipuri pot viețui distinct, însă interșanjabil, inter-penetrant, tensionat și netensionat deopotrivă. În lumina acestei versiuni de viețuire, societatea transnațională ne avertizează că a venit momentul! Da, a venit momentul să scoatem disciplinele „noastre" din izolare și să le reașezăm în arii de învățare! Și să ne reașezăm în universalitatea prezumtiv-relativă a preocupărilor noastre doctrinare!

În considerarea chestiunii care m-a preocupat, va fi lesne de sesizat (și) rolul organizațiilor inter-guvernamentale, inclusiv rolul Organizației Mondiale a Comerțului (OMC), veritabilă instituție internațională, în propagarea unei *ordini juridice transnaționale* în domeniul, logic, al comerțului. Vom vedea că, alături alți *actori* fie de drept intern, fie de drept internațional, sunt edificate, prin diverse *metode* sau *mecanisme*, *reguli/standarde* subsumabile, formal, dreptului internațional. Aceste *reguli* și/sau *standarde* sunt, în esența lor și pe fond, reguli de drept transnațional. Le califlc astfel, întrucât, sub cupola dreptului internațional, pot sălășlui, prin transnațional, concepții de drept național sau concepții de drept cutumiar ale unor populații indigene. De altfel, îmi pare, cel puțin la data scrierii articolului, că viitorul dreptului transnațional este, în esența sa, național sau cutumiar, iar nu cu adevărat și pe fond internațional; sau acest viitor poate fi și internațional în versiune preponderent „lichidă" sau *soft law* (II).

Sintetizând, din noianul de aspecte care ne invită „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios!", mi-am exersat libertatea academică de a opta pentru evidențierea numai a sus-menționatei chestiuni. În orice caz, (și) chestiunea în discuție arată că societatea transnațională[28] ne sugerează, prin

[27] Îmi pare că efectul reconstrucției dreptului internațional și al sistemelor de drept național nu poate fi decât cubist; „cubist", în sensul că rezultatul reconstrucției nu se caracterizează, într-o exprimare metaforică, prin „elemente geometrice bine ordonate". A utilizat înaintea mea aceste din urmă cuvinte G. Lhuilier, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 11, pp. 243-289; și le-a utilizat atunci când a evidențiat fragmentarea dreptului internațional clasic. În orice caz, nu pot să nu mă întreb: cum ar putea să nu fie cubist sus-menționatul efect, în condițiile în care, prin metodologia dreptului transnațional, ordinea juridică internațională a fost „naționalizată" de o serie de state-națiune, respectiv „privatizată", de relevante subiecte de drept privat, iar o bună parte din ordinile juridice naționale au fost internaționalizate? „Naționalizarea" și internaționalizarea constituie fețetele aceleiași probleme doctrinaro-ideologice pe care o denumesc „problemă transnațională". Așa fiind, îmi pare mai potrivit să susținem că asistăm, cel puțin în România, la trans-naționalizarea, iar nu (numai) la internaționalizarea programelor de educație juridică universitară. Vom vedea, în timp, dacă acest „iureș" al transnaționalizării, inclusiv în varianta internaționalizării, este sau nu este benefic.

[28] Societatea post-post-modernă este cosmopolită, însă paradoxal, este și, sau în primul rând, locală. Cu alte cuvinte, universalismul post-post-modern este, preponderent, local. Întrucât există o pluralitate de „local", post-post-modernismul își

concluziile acestui articol, „Să luăm Teoria dreptului transnațional în serios!". Facultatea de Drept din Iași este un „spațiu" al gândirii juridice în care se poate da curs acestui din urmă mesaj-invitație (III).

II. Natura transnațională a unor reguli de drept internațional și național

Urmează să expun, exemplificativ și într-o ordine aleatorie, o serie de reguli de drept internațional și național a căror identitate transnațională este indiscutabilă. Fie și din această incipientă expunere, să conștientizăm și noi, cei de la începutul secolului XXI, că simțim, respectiv resimțim, consecințele existenței trioului „național- internațional- transnațional"! Să conștientizăm, mai ales, întrepătrunderea componentelor acestui trio! Chiar această întrepătrundere aruncă în aer ale noastre raționamente juridice clasice subsumabile distincțiilor clare pe care le efectuam și la sfârșit de secol XX. Una dintre acestea este distincția dintre un text de drept internațional și un text de drept intern.

II.1. Convenția de la New York privind recunoașterea și executarea silită a sentințelor arbitrale străine (1958) (Convenția de la New York)

Această primă categorie de reguli are izvor internațional (tratatul/convenția multilaterală) și se referă la recunoașterea și executarea silită a sentințelor arbitrale străine[29]. Prin ratificarea Convenției de la New York de statele-națiune, aceasta devine, fără a-și pierde natura (instrument de drept internațional), componentă a sistemelor de drept intern ale respectivelor state-națiune. Convenția de la New York constituie, formal, un text de drept inter-național. Are această natură, întrucât implică raporturile unui stat-națiune cu alt stat-națiune în sub-domeniul arbitrajului; cu alte cuvinte, Convenția de la New York este, formal vorbind, expresia unei „afaceri" a statelor-națiune perfectate în sub-domeniul arbitrajului. Istoria legislativă a Convenției de la New York ne indică

devoalează natura plurală. Grație sau din cauza acestei pluralități, universalismul post-post-modern este eterogen, iar nu omogen. Situațiile transnaționale - la care se referă și profesorul Jessup la mijlocul secolului XX -, inițiază și perpetuează eterogenul. Chiar acest eterogen aruncă în vetust specializarea juriștilor numai într-o anumită disciplină. Îmi pare că este nevoie ca facultățile de drept, și din România, să inițieze specializarea juriștilor în așa-numita „arie de discipline". Eterogenul factual contemporan poate fi contemplat prin cunoașterea inter-dependențelor dintre disciplinele de studiu. Or, aceste inter-dependențe pot fi cu adevărat sesizate sub cupola ariei de discipline, iar nu sub cupola unei singure discipline.

[29] Reținem faptul că este vorba despre sentințe arbitrale *străine*, iar nu despre sentințe arbitrale *internaționale*. În cadrul evidențierii acestei prime categorii de reguli de drept internațional, se va efectua și o mențiune care implică și Legea-Model UNCITRAL privind arbitrajul comercial internațional (1985, cu modificările adoptate în 2006).

identitatea transnațională a acestui instrument de drept internațional. De altfel, are identitate transnațională și cadrul juridic internațional pre-existent Convenției de la New York.

„Recurgeți la istorie, întotdeauna recurgeți la istorie" ne îndeamnă reputatul profesor de drept internațional Martti Koskenniemi[30]. Iată de ce, anterior evidențierii identității transnaționale a Convenției de la New York, este indicat să menționez identitatea transnațională a instrumentelor de drept internațional denumite „Protocolul de la Geneva privind clauzele de arbitraj" din 24 septembrie 1923 (în continuare „Protocolul de la Geneva"), respectiv „Convenția de la Geneva privind executarea silită a sentințelor arbitrale străine" din 26 septembrie 1927 (în continuare „Convenția de la Geneva").

În 1914, a avut loc la Paris Congresul Internațional[31] al Camerelor de Comerț (organizații non-guvernamentale/subiecte de drept privat)[32]. Acest for privat a lansat ideea creării, de către statele-națiune, a unui regim de drept uniform (inter-național, n.n.) în domeniul arbitrajului. Ideea a fost preluată de Camera de Comerț Internațională de la Paris, (CCI Paris), creată în 1919. Această entitate non-guvernamentală a readus în atenția participanților la Congresele de la Londra (1921) și Roma (1923) ideea evocată. Liga Națiunilor, veritabilă organizație inter-națională, a valorificat, sau a fost pusă în situația de a valorifica, respectiva idee. Valorificarea unei idei „private" s-a materializat prin instrumentele „publice" (de drept inter-național, n.n.) adoptate la 24 septembrie 1923 și 26 septembrie 1927. Reținem aportul esențial, determinant al actorilor „privați" la crearea unor instrumente „publice" (de drept internațional, n.n). După cel de-al doilea Război Mondial, Organizația Națiunilor Unite a valorificat, sau a fost pusă în situația de a valorifica[33], versiunea finală a textului Convenției

[30] A se vedea M. Koskenniemi, *Global Governance and Public International Law*, în Kritische Justiz, vol. 37, nr. 3 (2004), pp. 241-254.

[31] Îmi pare că denumirea „Congres Internațional" este improprie, întrucât actorii acestui congres nu au fost state-națiune. Numai în această ipoteză congresul putea fi catalogat ca fiind inter-național.

[32] Am valorificat informațiile referitoare la istoria legislativă a regimului de drept internațional din sub-domeniul sentințelor arbitrale străine prin recurgerea la Ch. Liebscher, *Preliminary Remarks*, în R. Wolff (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - Commentary -*, C.H. Beck- Hart- Nomos, München, 2012, pp. 9-14.

[33] Anterior scrierii acestui articol, au fost menționate circumstanțele adoptării versiunii finale a textului Convenției de la New York. Prima versiune a textului acestui instrument inter-național a fost elaborată de CCI Paris și trimisă la ONU în 1953. Statele-națiune, membre ale acestei organizații inter-naționale, au manifestat rezerve față această primă versiune. În timpul negocierii inter-naționale (între delegații oficiali ai statelor-națiune, n.n.) propriu-zise a textului tratatului (convenție multilaterală) în discuție, activitatea de *lobby* desfășurată de CCI Paris a triumfat. De altfel, doi membri activi ai CCI Paris, Pieter Sanders și René Arnaud, erau *și* reprezentanți oficiali ai

de la New York la elaborarea căreia a contribuit decisiv mediul privat. De asemenea, reținem aportul esențial, determinant al actorilor „privați" la crearea unui alt instrument „public" (de drept internațional, n.n).

Consacrați autori au menționat recent și următorul aspect: „actorii privați ocupă un rol important în canalizarea dezvoltării și aplicării dreptului internațional, din moment ce participă la mecanismul (de creare de reguli) incorporat dreptului internațional (...)"[34]. Însă istoria legislativă a Protocolului de la Geneva, a Convenției de la Geneva și a Convenției de la New York ne indică ceva mai mult. Actorii privați instituie („privatizând" dreptul internațional?, n.n.), prin instituții inter-naționale create de statele-națiune, reguli de drept subsumabile, formal, ariei dreptului internațional. Teza mea este, în acest stadiu al cercetărilor, că identitatea instrumentelor internaționale sus-menționate este transnațională. Este așa, întrucât actori privați și-au „plasat" interesele în matricea unui interes public[35] valorificat, protejat sau „protejat" de o multitudine de state-națiune printr-un tratat (convenție multilaterală), veritabil izvor de drept internațional. Interesul privat „s-a cuibărit" în osatura interesului public. Energia interesului public este ... privată sau a devenit privată acum, la început de secol XXI! Oare cum ne privește Ulpian? Sper să ne privească îngăduitor.

Tocmai de aceea, instrumentele evocate sunt, formal, instrumente de drept inter-național. În esența și pe fondul lor, respectivele instrumente au, cu adevărat, identitate trans-națională, întrucât se plasează, pe fond, „în/printre" sau „dincolo de " interesul public și privat deopotrivă. Sunt trans-naționale, întrucât interesul public și privat, dobândind statut interșanjabil, sunt reunite sub cupola, culmea!, a unui instrument de drept inter-național. Am fost învățați la sfârșit de secol XX că dreptul internațional, poate denumit redundant, și „public", este destinat să satisfacă un interes public (interesul statelor-națiune, n.n.). Observăm, poate nu prea târziu, că, cel puțin de la începutul și la jumătatea secolului XX, se exersa intens, prin instrumente de drept inter-național, propagarea intereselor „private" împrăștiate în ADN-ul interesului public. Încă din acea perioadă, regulile de drept internațional „adăposteau" ospitalier se pare, trans-naționalul.

Este vorba atât despre reguli de drept internațional în versiune „solidă" (*hard law)* și „lichidă" (*soft law*) deopotrivă. Din prima categorie, am evidențiat, exemplificativ, Convenția de la New York – produs al interacțiunii privat-public

statelor-națiune Olanda și Franța. A se vedea F. Grisel, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 19, pp. 186-196. În orice caz, îmi pare că, (și) atunci, instituția conflictului de interese funcționa ineficace.

[34] A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

[35] Este, indubitabil, de interes public chestiunea recunoașterii și executării silite a sentințelor arbitrale străine.

manifestate și în aria arbitrajului[36]. Din cea de-a doua categorie, reținem Legea-Model UNICITRAL referitoare la arbitrajul comercial internațional (1985, cu modificările adoptate în 2006), denumită în continuare „Legea-Model UNCITRAL"[37]. Acest din urmă instrument internațional este produsul unei entități inter-guvernamentale (UNCITRAL). Prin efectul consultărilor cu experții privați și instituțiile de arbitraj (entități non-guvernamentale, n.n.), Legea-Model UNCITRAL constituie un veritabil produs al aceleiași interacțiuni public-privat[38]. Mecanismul dreptului transnațional a funcționat în două etape. În prima etapă, interesul privat al instituțiilor de arbitraj a fost proiectat într-un text de drept internațional. Cea de-a doua etapă consemnează redactarea unei multitudini de legislații naționale prin preluarea concepțiilor stabilite de Legea-Model UNCITRAL. Legiuitorul român a fost „timid" din acest punct de vedere.

Observăm că interesul privat (și) al instituțiilor de arbitraj este prezent, prin transplant, una din modalitățile de manifestare a tehnicii dreptului

[36] Din punctul de vedere al structurii formal-organizatorice, CCI Paris are o natură eclectică, întrucât respectiva structură nu este „fixabilă" în lumina tradiționalelor distincții „public-privat", „intern-internațional". Cu privire la acest aspect a se vedea F. Grisel, *Treaty Making between Public Authority and private Interests: The Genealogy of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, în European Journal of International Law, vol. 28 (2017), nr. 1, pp. 73-87. Așa fiind, CCI Paris constituie un organism transnațional; constituie un organism transnațional, întrucât, cel puțin prin propria formă de organizare, transcende categoriile dreptului public clasic și dreptului privat clasic, pe de o parte, dar și categoriilor dreptului internațional clasic și dreptului intern clasic, pe de altă parte. Nu pot fi analizate în oglindă procedura arbitrală de tip „CCI Paris" și procedura arbitrală de tip „ICSID". Susțin acest lucru, întrucât numai această din urmă procedură are un izvor eminamente de drept internațional (Convenția ICSID). Însă nu pot să nu sesizez, în lumina notei de subsol nr. 23, faptul că și procedura arbitrală de tip „ICSID" este transnațională, pe de o parte, tribunalele arbitrale ICSID sunt transnaționale, pe de altă parte. Pentru a înțelege cum funcționează, în concret, dreptul transnațional al investițiilor (sau al relațiilor de muncă, sau al chestiunilor privind mediul înconjurător etc.), este indicat de studiat, în prealabil, disciplina „Teoria dreptului transnațional". Fie și pentru faptul de a vedea cum funcționează, în concret, ce paradox!, aspectele teoretice, elementare, generale ale dreptului transnațional. Cu titlu de digresiune, reținem că dreptul internațional (și) în versiunea investițională constituie, grație (și) Convenției ICSID (tratat multilateral și izvor de drept internațional), vehiculul propagării unei concepții de drept transnațional (concepția aplicării orizontale și orizontalizate, adică neierarhizate, a normelor de drept internațional, respectiv de drept național). De altfel, dreptul internațional constituie unul din instrumentele pe care le utilizează specialiștii în drept transnațional pentru evaluarea normativă și quasi-normativă a situațiilor transnaționale.

[37] A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 28.

[38] A se vedea Ch. Whytock, *Private-Public Interaction in Global Governance: The Case of Transnational Commercial Arbitration*, în Business and Politics, vol. 12 (2010), nr. 3, pp. 1-27.

transnațional, într-un text de drept internațional; mai este prezent, prin preluarea concepțiilor edictate în conținutul acestui din urmă text și în legislații naționale din domeniul arbitrajului. Mai observăm interacțiunea dintre „ordinea" quasi-juridică creată de privați (instituții de arbitraj) și ordinea juridică internațională, respectiv ordinile juridice naționale[39]. Ca efect al acestei interacțiuni, interesul public se manifestă „privat", iar interesul privat se manifestă „public". Dezarmantă interșanjabilitate! Este de urmărit dacă va continua acest proces de „privatizare" a dreptului internațional efectuat chiar în instituții interguvernamentale (internaționale, n.n.)[40]. Acest proces s-a manifestat dual. În primul rând, dreptul internațional și organizațiile internaționale au operat o delegare *sui generis* către actorii privați, a propriilor prerogative. În al doilea, actorii privați au „orchestrat" chiar dreptul internațional și instituțiile de drept internațional[41]. Încă ne mai întrebăm acum, în secolul XXI, dacă este nevoie să luăm dreptul transnațional (public) în serios?

II.2. Acordul cu privire la aspectele comerciale referitoare la drepturile de proprietate intelectuală (TRIPS)

Cea de-a doua categorie de reguli are tot izvor internațional (tratatul/convenția multilaterală) și se referă la aria proprietății intelectuale. Specialiștii în acest domeniu cunosc, cu siguranță mai bine decât mine, chestiunile care implică rolul OMC. OMC a fost *ab initio* sau a devenit acel „loc" în care diverse tensiuni politice, economice și juridice conferă eterogenitate mecanismelor de satisfacere a scopului acestei organizații multilaterale. Este binecunoscut acest scop: „reducerea substanțială a tarifelor și a altor bariere comerciale și ... eliminarea tratamentului discriminatoriu în raporturile dintre state în domeniul comerțului"[42]. La ora la care scriu, este de ceva timp evidențiată interacțiunea dintre OMC, regimul juridic internațional și ordinile juridice naționale din domeniul comerțului desfășurat de statele-națiune[43].

[39] Gradul de realizare a interacțiunii nu se manifestă la fel în toate ariile juridice. A se vedea R. Michaels, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 15, pp. 141-160.

[40] În domeniul recunoașterii și executării silite a sentințelor arbitrale străine, Convenția de la New York a validat și legitimat acest proces de „privatizare". A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *supra. cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

[41] Evidențiază acest aspect G. Shaffer, C. Coye, *supra. cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

[42] Pentru evidențierea scopului OMC din perspectiva cuplului guvernare-guvernanță, a se vedea R. Howse, J. Langille, *Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Non-instrumental Moral Values,* în The Yale Journal of International Law, vol. 37 (2012), nr. 2, pp. 367-432.

[43] Pentru radiografierea acestei interacțiuni, a se vedea G. Shaffer, *WTO in a Fragmented, Decentralized International Legal Order: Symposium Introduction,* în Loyola University Chicago International Law Review, vol. 6 (2008), nr. 1, pp. 1-4.

Această interacțiune nu este fadă și statică, ci de-a dreptul dinamică. Dinamismul i-a determinat pe unii doctrinari să evalueze această interacțiune și din perspectiva influențării reciproce a dreptului internațional, sistemelor de drept național și practicilor locale[44]. Așa s-a născut conceptul referitor la crearea, interpretarea, circulația regulilor juridice (și quasi-juridice n.n.) care „străbat", prin diverși actori (*exempli gratia* organizații internaționale, guverna naționale, actori privați), teritoriile statelor-națiune. Conceptul evocat (*transnational legal ordering*)[45] este indisolubil legat de un alt concept. Este vorba despre conceptul ordinilor juridice transnaționale (*transnational legal orders*); acestea din urmă semnifică „o colecție (mozaic, n.n.) de norme juridice (și quasi-juridice, n.n.) de entități organizaționale și actori (de drept public, drept privat, public-privat, n.n.) care dictează modul de înțelegere și practicare a dreptului în diverse domenii (inclusiv în domeniul comerțului, n.n.)"[46]. Ambele concepte ne indică și faptul că noțiunea dreptului transnațional de „tip Jessup" a trecut, de cel puțin treizeci de ani, într-o altă etapă: etapa ordinilor juridice transnaționale[47] înlocuită, se pare, în orice caz acompaniată, de așa-numitele „spații transnaționale" generatoare de spații juridice transnaționale[48].

În orice caz, eterogenitatea mecanismelor de realizare a scopului OMC este instituită și întreținută de cel puțin un aspect. Punerea în practică a scopului deja evocat este, adesea, indisolubil legată nu neapărat de asociații profesionale de comerț. Această punere în practică implică mișcări sociale anti-globalizare sau chestiuni care aduc în discuție mediul înconjurător sau relațiile de muncă. Așa fiind, chestiunile implicate de realizarea scopului menționat sunt eterogene ca natură; doctrina străină de drept transnațional a punctat pe larg aceste aspecte, astfel că nu mai insist[49]. Însă merită să fie reamintită eterogenitatea

[44] A se vedea G. Shaffer, H. Gao, *China's Rise: How It Took on the U.S. at the WTO,* în University of Illinois Law Review, vol. 1 (2018), pp. 114-184.

[45] Din perspectiva sus-menționată, este analizat și modul de manifestare al așa-numitei „noua *lex mercatoria*". A se vedea G. Shaffer, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 231-253.

[46] A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *supra. cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152. Acești autori valorifică noțiunea elaborată și propagată de doctrinar de T. C. Halliday, G. Shaffer, *Transnational Legal Orders,* în T. C. Halliday, G. Shaffer (eds.), *Transnational Legal Orders,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 3-74.

[47] A se vedea G. Shaffer, *Transnational Legal process and State Change*, în Law & Social Inquiry, vol. 37 (2012), nr. 2, pp. 229 – 264,

[48] A se vedea L. Catá Backer, *The Cri de Jessup Sixty Years Later. Transnational Law's Intangible Objects and Abstracted Frameworks,* în P. Zumbansen (ed.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 386-418.

[49] OMC constituie un exemplu de exersare a interlegalităților (tensiunilor dintre plurale și diverse ordini juridice sau dintre diverși actori, inclusiv populațiile indigene, n.n.). Pentru analiza guvernanței perfectate prin tratate și acorduri internaționale, inclusiv prin organizații internaționale (*e.g.* prin OMC, n.n.), a se vedea A. C. Aman Jr.,

creării regulilor sub cupola OMC-ului. Cel puțin în domeniul proprietății intelectuale, „vehiculul" acestei eterogenități este, paradoxal, mecanismul de emitere formal-omogenă, din perspectiva actorilor implicați, a regulilor din domeniul evidențiat. Ce vreau să spun?

Știm cu toții faptul că OMC-ul „este o organizație multilaterală care guvernează comerțul dintre națiuni (state-națiune, n.n.)" și care are ca temei obligațiile *statelor*-membre asumate printr-o serie de tratate multilaterale și plurilaterale"[50]. Într-adevăr, OMC-ul este o organizație care s-a născut ca efect direct al rundei de negocieri („Runda Uruguay") desfășurate în perioada 1986-1994. În cadrul constituirii OMC, a fost readoptat Acordul General pentru Tarife și Comerț[51] („GATT 1994") și, totodată, a fost extins domeniul de acțiune al așa-numitului „sistem OMC"[52]; acest sistem a fost canalizat, originar, pe și spre comerțul de și cu mărfuri. Un palier al acestei extinderi a fost inițiat și consolidat printr-o serie de acorduri perfectate în domeniul comerțului cu și de servicii. Unul dintre aceste acorduri este TRIPS.

De asemenea, știm cu toții faptul că TRIPS constituie, ca natură, un instrument internațional. Cu alte cuvinte, TRIPS constituie o „afacere" a statelor-națiune care au optat să devină membre ale OMC. Urmează să observăm că această organizație internațională exersează, prin TRIPS, dreptul transnațional (public) înțeles, pentru moment, ca instrument metodologic de gestionare a raporturilor dintre actorii publici și privați. Această exersare s-a manifestat încă din stadiul de elaborare a regulilor stipulate în conținutul TRIPS. Chiar acest stadiu aduce la lumină manifestarea eterogenă a mecanismul de emitere formal-omogenă, din perspectiva actorilor implicați, a regulilor din domeniul evidențiat.

C. J. Greenhouse, *supra. cit.,* nota de subsol nr. 12, pp. 211-274. În orice caz, reținem că mișcările anti-globalizare nu constituie, neapărat, mesaje programatice contra globalizării ca atare. Ne atenționează, prin valorificarea doctrinei preexistente, autorii menționați, în sensul că o serie de mișcări anti-globalizare susțin o „altă" globalizare. Este de urmărit și analizat în viitor aceste aspecte din perspectiva interlegalităților care caracterizează dreptul transnațional înțeles în versiunea sa de instrument metodologic.

[50] Pentru rolului OMC în procesul de așa-numită „legalizare" a comerțului internațional, respectiv în procesul de așa-numită „politizare internă" a dreptului care implică relațiile din domeniul comerțului, a se vedea cartea scrisă de Ch. L. Davis, *Why Adjudicate? Enforcing Trade Rules in the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2012, pp. 1-20.

[51] A se vedea GATT 1947.

[52] S-a menționat deja faptul că exporturile de mărfuri și servicii, astfel efectuate de statele-națiune, sunt, în principiu, de domeniul dreptului intern. Însă importurile constituie obiect de preocupare al sistemului de drept internațional exprimat prin acorduri internaționale perfectate sub egida OMC. A se vedea D. F. Vagts, William S. Dodge, H. L. Buxbaum, H. H. Koh (eds.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 9, pp. 201-211.

Încă din anii 1980, o serie de antreprenori nord-americani privați din domeniul proprietății intelectuale au constituit o asociație națională[53]. Asociația a fost constituită în scopul convingerii entităților guvernamentale ale SUA să includă chestiunea drepturilor de proprietate intelectuală în conținutul acordurilor comerciale (inclusiv bilaterale, n.n.). Ca urmare a cooptării unor antreprenori și din alte state-națiune, acest deziderat eminamente privat „străbătea" și teritoriile acestor alte state-națiune; dezideratul în discuție a devenit cu adevărat transnațional. În demersul de realizare a acestui deziderat, a fost cooptat și statul-națiune SUA. Prin negocieri de multiple naturi (economică și/sau diplomatico-politice și/sau juridice), statul-națiune menționat a creat cadrul inițierii unei „mișcări" al cărei mesaj programatic implica reglementarea internațională a proprietății intelectuale prin acorduri comerciale. Între timp, s-a născut OMC, iar sub egida OMC s-a perfectat TRIPS. TRIPS a determinat unele state (de exemplu, R.P. Chineză) să impulsioneze inițierea și dezvoltarea unui atotcuprinzător regim de proprietate intelectuală. Este atotcuprinzător, întrucât regimul chinez de proprietate intelectuală a implicat și implică entități guvernamentale (*exempli gratia,* executive, judiciare), dar și din mediul academic. S-a menționat înaintea mea faptul că toate aceste dezvoltări semnificative nu constituie o simplă transplantare – mecanism de utilizare a metodologiei dreptului transnațional; R.P. Chineză a dezvoltat propriile politici și strategii în domeniul proprietății intelectuale[54].

Aspectele menționate mai sus relevă cel puțin două aspecte.

În primul rând, TRIPS constituie, din punct de vedere formal, expresia unui regim de drept internațional în domeniul proprietății intelectuale. Regimul este calificat „de drept inter-național", întrucât, am menționat deja, TRIPS constituie o „afacere" a statelor-națiune membre ale OMC. Însă, în esența lucrurilor, TRIPS constituie expresia unui regim de drept transnațional. Calific acest regim ca fiind „transnațional", întrucât: (i) actori naționali (nord-americani, n.n.) privați (antreprenori. n.n.) mobilizează pe alți actori naționali (străini prin raportare la ordinea juridică a SUA) privați (antreprenori, n.n.) în propagarea dezideratului sus-menționat; (ii) toți acești actori mobilizează state-națiune (SUA) în scopul convingerii altor state-națiune să perfecteze acorduri intereetatice (internaționale, n.n.) în domeniul proprietății intelectuale; (iii) statele-națiune membre ale OMC perfectează TRIPS prin cooptarea chiar a OMC; state membre ale OMC procedează la crearea unor regimuri naționale în aria proprietății intelectuale.

[53] Acesta este unul dintre mecanismele de formare a ordinii juridice transnaționale în domeniul proprietății intelectuale. Am efectuat descrierea funcționării acestui mecanism prin valorificarea articolului scris de G. Shaffer, C. Coye, *supra. cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

[54] A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *supra. cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

În al doilea rând, observăm ascensiunea ordinii juridice transnaţionale din domeniul evocat. Ordinea juridică transnațională în discuție implică actori privați (de drept privat, n.n.), actori publici (de drept public, n.n.), entităţi internaţionale (OMC, n.n.), entităţi guvernamentale naţionale (de exemplu, chineze, n.n.), ordinea juridică internațională și ordini juridice naționale. Toți aceștia și toate acestea sunt cu adevărat mobilizate în scopul „străbaterii" teritoriilor statelor-națiune. Mobilizarea este impropriu de efectuat numai prin dreptul internațional sau numai prin sistemele de drept național. Îmi pare că mobilizarea poate fi efectuată prin ordinea juridică transnațională care „a pus la lucru" dreptul internațional și sistemele de drept național deopotrivă, pe de o parte, pe actorii privați și publici deopotrivă, pe de altă parte. Prin TRIPS, regimul proprietății intelectuale este global, dar nu în sensul că este unic. Este global, în sensul că pulsează prin plurale și diverse ordini juridice, prin plurali și diverși actori care coabitează tensionat *dincolo de,* iar nu neapărat între (pe tărâmul dreptului inter-național, n.n.) sau pe teritoriile statelor-națiune (pe „teritoriile" sistemelor de drept național, n.n.).

În stadiul post-globalizare în care îmi pare că am intrat, globalul nu este unic, ci, paradoxal și șocant, plural și divers. Să fie oare pluralitatea și diversitatea globalului panaceului fărâmițării dreptului internațional pe care o deplânge profesorul Martti Koskenniemi în sau/și din anul 2006?[55] Iată o întrebare care, îmi pare, merită să fie contemplată în viitor. Până la formularea unui răspuns, globalul plural și divers funcționează, paradoxal, în perioada post-globalizare, prin metodologia dreptului transnațional manifestată și în arealul clasicului drept public. Într-adevăr, „o dată cu declinul globalizării[56], survine ivirea transnaționalului"[57]; poate că „după globalizare" semnifică „înainte de (altă, n.n.) globalizare". În orice caz, aspectele menționate mai sus evidențiază, indubitabil, rolul OMC-ului de „administrator" al ordinii juridice transnaționale din aria proprietății intelectuale. OMC a contribuit, pe deplin, la propagarea acestei

[55] A se vedea UN/A/CN.4/L.682 din 13 aprilie 2006. Fărâmițarea dreptului internațional este cauza și consecința deopotrivă a satisfacerii, prin noțiunea „guvernanței" (iar nu a guvernării, n.n.), de către actorii privați a propriilor interese (eminamente private, n.n.) în numele și pe „aripile" universalului. Am formulat această ideea prin valorificarea articolului scris de M. Koskenniemi, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 29, pp. 241-254. Da! Rezonez cu ideea acestui profesor: dreptul internațional nu este numai un „spațiu" de reglementare. Este (și) spațiul în care se articulează cu adevărat interese ale societății internaționale. Nu ar trebui să fie spațiul în care se propagă, în numele societății internaționale, propriile interese de către actorii privați; interesele acestora din urmă nu pot fi decât „private".

[56] S-a avansat ideea potrivit căreia prea des uzitatul și demonetizatul termen „globalizare" poate fi înțeles (sau implică sau se referă, n.n.) ca acea „comprimare a spațiului și timpului"; comprimarea în discuție corespunde modernității târzii. A se vedea A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1991, p. 64.

[57] A se vedea R. Michaels, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 15, pp. 141-160.

ordini juridice transnaționale; s-a menționat deja faptul că TRIPS- regulă de drept transnațional consacrată printr-un instrument de drept internațional, are consecințe adânci (reverberează, n.n.) asupra arealului ordinilor juridice instituite de statele-națiune pe propriile teritorii[58].

Îmi pare că nu trebuie omis efectul - l-aș denumi, de „bumerang", care poate caracteriza orice ordine juridică transnațională, inclusiv ordinea juridică transnațională din aria proprietății intelectuale. Acest efect facilitează și consecințele pe care le pot avea, prin contorsionata metodologie a dreptului transnațional, ordinile juridice naționale, sau anumite ordini juridice naționale, asupra ordinii juridice internaționale. În fond, dreptul transnațional, înțeles și ca mecanism, nu este numai non-tradițional, non-static, normativ (și quasi-normativ, n.n.). Este și (sau în primul rând, n.n.), dinamic, în sensul că „transformă (dreptul public și privat deopotrivă, dreptul intern și internațional deopotrivă, n.n.), migrează (...) dinspre nivelul public spre nivelul privat, dinspre nivelul intern spre nivelul internațional și viceversa"[59]. Încă ne mai întrebăm acum, în secolul XXI, dacă este nevoie să luăm dreptul transnațional (public) în serios?

II.3. Legea-Model UNCITRAL referitoare la insolvența transfrontalieră (1997) (în continuare „Legea-Model UNCITRAL referitoare la insolvență"[60])

Cea de-a treia categorie de reguli are izvor internațional (Lege-Model) și se referă la aria insolvenței. Este veche și nouă dezbaterea referitoare la izvoarele „lichide" (*soft law*) ale dreptului internațional, respectiv la efectele acestor izvoare asupra dreptului internațional însuși[61]. Din considerente de spațiu, dar și din rațiunile de scriere ale acestui articol, această dezbatere nu este reluată.

---

[58] Conferă OMC-ului acest statut de „administrator" A. C. Cutler, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 321-347.

[59] A se vedea H. H. Koh, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 24, pp. 181-207.

[60] Este utilă lecturarea Ghidului UNCITRAL (2013) care conține, printre altele, și linii de interpretare a sus-menționatei Legi-Model UNCITRAL. Totodată, este utilă lecturarea Legii-Model UNCITRAL (2019) referitoare la insolvența grupului de societăți, inclusiv a Ghidului UNICTRAL (2019) aferent acesteia.

[61] De exemplu, a se vedea P. Weil, *Towards relative normativity in international law*, în American Journal of International Law, vol. 77 (1983), nr. 3, pp. 413-442. Este de analizat dacă multiplicarea izvoarelor „lichide" ale dreptului internațional, inclusiv în domeniul comerțului, este expresia „decadenței" dreptului internațional însuși în versiune instituționalizat-pozitivistă. Pentru moment, consider, preliminar, că trebuie să ne intereseze modul în care dreptul internațional influențează, prin izvoarele sale „solide" *(hard law)* și „lichide" *(soft law*), ordinile juridice naționale și se lasă influențat de acestea din urmă, respectiv de realități quasi-normative; proporția numerică dintre respectivele izvoare contează mai puțin. Deocamdată, identific două curente doctrinare. Potrivit primului curent, începând cu data de 11 septembrie 2001, „dreptul internațional formal stagnează calitativ și cantitativ"; este vorba despre stagnarea și declinul modelelor

Prealabil evidențierii, din punct de vedere neformal, a naturii latent-transnaționale a Legii-Model UNICITRAL referitoare la insolvență, se impune o precizare. Legile-Model și Ghidurile inter-naționale[62] pun în practică ideea de pluralism juridic pe care ONU o exersează și în domeniul comerțului, respectiv în domeniul investițiilor[63]. Într-o accepțiune comodă intelectualmente, pluralismul juridic semnifică, logic, (și) mai multe surse de drept internațional. Însușirea unor asemenea accepțiuni anunță apusul doctrinei! Departe de mine gândul de a contribui la ivirea acestui apus. De aceea, sugerez evaluarea pluralismului juridic ca expresie a *interacțiunilor* tensionate sau/și netensionate dintre plurale izvoare de drept internațional. În lumina acestei accepțiuni, pluralismul juridic nu poate fi desprins de influența pe care o exercită, grație sau din cauza interacțiunii, aceste izvoare de drept internațional fie în raporturile dintre ele, fie asupra ordinilor juridice naționale.

De exemplu, o Lege-Model UNCITRAL, oricare ar fi aceasta, inspiră sau are potențial de a influența pe legiuitorii naționali în procesul de elaborare de reguli într-un domeniu sau altul. Dacă potențialul respectiv a fost valorificat de legiuitorii naționali, Legea-Model este mai „tare" decât un tratat nesemnat, neratificat, neacceptat[64]. Ideea de pluralism juridic[65] semnifică, într-un înțeles

---

tradiționale ale dreptului internațional, denumit redundant, și „public". A se vedea J. Pauwelyn, R. A. Wessel, J. Wouters, *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, în European Journal of International Law, vol. 25 (2014), nr. 3, pp. 733-763. Potrivit celui de-al doilea curent, concluziile cu privire la stagnare au calculat greșit numărul izvoarelor „solide" (*hard law*) ale dreptului internațional. A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *supra. Cit.*, nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

[62] Prin „Legile-Model și Ghidurile inter-naționale" înțeleg acele instrumente pe care statele-națiune le elaborează în raporturile bilaterale și multilaterale (inclusiv sub cupola organizațiilor inter-guvernamentale).

[63] Pentru analiza pluralismului juridic în domeniul vieții de afaceri, a se vedea J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020, pp. 689-745.

[64] Un exemplu bine-cunoscut este Legea-Model UNCITRAL referitoare la arbitrajul comercial internațional (1985, cu modificările adoptate în 2006). Inițial, s-a dorit perfectarea sub egida ONU a unui tratat (convenție multilaterală) în aria evocată. În una din propriile scrieri anterioare, am menționat deja propunerea reputatului profesor rus Serghei Lebedev formulată, atunci, în penultimul deceniu al secolului XX, în sensul adoptării unui asemenea tratat. A se vedea *Curs de drept internațional – cu privire numai asupra comerțului*, Editura CH Beck, București, 2019, pp. 15-16.

[65] Această idee este înțeleasă și în accepțiunea unui funcțional plural. Noua (sau cea mai nouă, n.n) *lex mercatoria* contribuie la propagarea acestui funcțional plural și la un contemporan drept internațional plural. Este relevantă analiza efectuată de F. Mégret, *International Law as a System of Legal Pluralism*, în P. S. Berman (ed.), *supra.cit.*, nota de subsol nr. 62, pp. 533-555.

ne-comod, și influența pe care entitățile private (non-guvernamentale)[66] o au asupra dreptului internațional și statelor-națiune însele. Aceste entități emit, prin exersarea guvernării trans-naționale, veritabile „Coduri" care influențează industrii întregi și destine ale statelor-națiune[67]. Este deja celebru ISO 26000 emis de Organizația Internațională pentru Standardizare, veritabilă entitate non-guvernamentală; membrii acestea nu sunt statele-națiune, însă acestea din urmă și instituțiile inter-guvernamentale (internaționale, n.n.) își stabilesc agendele legislative (și în considerarea acestui ISO 26000[68]. Concret: observăm că ordinile juridice transnaționale implică actori, reguli, mecanisme care influențează și se influențează reciproc chiar din stadiul creării propriu-zise a regulilor.

Această influențare reciprocă este, adeseori, atât de pronunțată, încât organizațiile internaționale au devenit „casa" legiuitorului trans-național (metis, n.n.). Legea-Model UNCITRAL referitoare la insolvență constituie un veritabil instrument de drept transnațional survenit, formal, prin mecanisme de drept inter-național. Așa fiind, statele-națiune membre ale ONU sunt legiuitorul internațional formal al evocatei Legi-Model. S-a menționat înaintea mea faptul că Legea-Model UNCITRAL referitoare la insolvență este rezultatul cooperării active dintre actori statali (*exempli gratia,* statul-națiune SUA), supra-statali (*exempli gratia,* quasi-federația Uniunea Europeană) și non-statali (*exempli gratia,* INSOL Internațional, Asociația Internațională a Barourilor)[69].

Esența transnațională a acestui instrument „lichid" de drept internațional nu implică, sau nu se reduce, la coabitarea în același „spațiu" („spațiul" ONU, n.n.) al actorilor de public clasic și de drept privat clasic. Esența în discuție aduce la lumină curgerea intereselor private în bazinul interesului public și invers.

[66] De exemplu, un instrument de drept internațional, Acordul OMC referitor la obstacolele tehnice din domeniul comerțului, resimte puternic influența Organizației Internaționale pentru Standardizare (entitate non-guvernamentală, n.n.). Acest proces de influențare aduce la lumină interacțiunea dintre componentele „publică" și „privată" ale dreptului internațional. A se vedea G. Shaffer, C. Coye, *supra. Cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152.

[67] Am menționat deja faptul că, prin aceste Coduri *sui generis*, se „privatizează" ordini juridice naționale și internațională. Analizează acest proces de *sui generis* privatizare R. Michaels, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 19, pp. 162-171.

[68] S-a menționat de ceva timp ideea „denaționalizării agendelor statelor", de altfel acompaniată, inevitabil, de „privatizarea" mecanismului de creare a normelor juridice. A se vedea S. Sassen, *Territory. Authority. Rights, From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2006, pp. 222-272. Această idee este preluată și de A. C. Aman Jr., C. J. Greenhouse**,** *supra.cit.,* nota de subsol nr. 11, pp. 400-406. Acești autori analizează, printre altele, structura și scopul, respectiv evoluția și obiectivele Organizației Internaționale pentru Standardizare.

[69] A se vedea T. C. Halliday, B. G. Carruthers, *The Recursivity of Law: Global Norm-Making and National Law-Making in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes*, în American Journal of Sociology, vol. 112 (2007), nr. 4, pp. 1135-1202.

Această dual, contorsionată curgere se produce, transnațional, cu aportul dreptului internațional însuși. „Transnațional" în sensul că interesele de drept privat (național, supra-național, sub-național, n.n.) sunt proiectate într-un instrument de drept internațional, fie și în versiune non-obligatorie (*soft law*); „transnațional", în sensul că statele-națiune preiau, prin proprii legiuitori, concepții de drept public în versiune internațională care satisfac, uneori preponderent, interese de drept privat. Această frenezie transnațională este satisfăcută de legiuitorul transnațional (metis, n.n.). Este metis acest legiuitor, întrucât componente ale legiuitorilor internațional, naționali, dar și ai „legiuitorilor" privați se atrag, se resping în derutantul ADN normativ, respectiv quasi-normativ, al transnaționalului. Nu a devenit dreptul internațional transnațional? Dacă doctrina română nu a răspuns sau se pregătește să răspundă, revine, poate ca un leitmotiv al acestui articol, enunțul cu vocație interogativă: Încă ne mai întrebăm acum, în secolul XXI, dacă este nevoie să luăm dreptul transnațional (public) în serios?

II.4. Standardele referitoare la limitele maxime ale reziduurilor din pesticide

Cea de-a patra categorie de reguli are izvor național (legislații naționale emise de state) și se referă la aria pesticidelor utilizate în industria alimentară[70].

[70] Natură transnațională pot avea și regulile de drept quasi-federal (sistemul normativ al Uniunii Europene). Am în vedere, *exempli gratia*, așa-numitul „Sistem al Uniunii Europene cu privire la emiterea de dioxid de carbon", a cărui concepție a influențat legislații emise de state-națiune, nu neapărat membre ale Uniunii Europene. Cu privire la incidența metodologiei de drept transnațional în domeniul dreptului mediului, a se vedea N. Affolder, *Transnational Law as Unseen Law*, în P. Zumbansen (ed.), *supra.cit.*, nota de subsol nr. 3, pp. 364-385. Activitatea de guvernare (politică, n.n.) se desfășoară, preponderent, centralizat sau cu vocație centralizată. Activitatea de guvernanță (economică, n.n.) se desfășoară, preponderent sau mai cu seamă, descentralizat. Descentralizarea este de esența guvernanței a cărei eficacitate este conferită de și prin metoda dreptului transnațional. Metoda evidențiată imprimă, chiar prin tehnica transplantului utilizată de legiuitorii naționali, caracter difuz propagării așa-numitelor „standarde globale". Acest tip de guvernanță este analizat de H. Jörgens, *Governance by diffusion: Implementing Global Norms through Cross-National Imitation and Learning*, în W. M. Laferty (ed.), *Governance for Sustainable Development: The Challenge of Adapting Form to Function*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northamton, MA (USA), 2004, pp. 246-283. Natură transnațională pot avea și regulile quasi-normative emise de comunitățile indigene și religioase. Pentru înțelegerea naturii transnaționale a acestor quasi-norme, nu se poate face abstracție de ideea pluralismului juridic. Este utilă lectura articolului scris de K. Gover, *Legal Pluralism and Indigenous Legal Traditions*, în P. S. Berman (ed.), *supra.cit.*, nota de subsol nr. 62, pp. 847-875.

Două precizări prealabile merită să fie efectuate.

În primul rând, grație naturii transnaționale create sau dobândite, anumite reguli de drept național sunt în măsură să „străbată" teritoriile mai multor state-națiune, dar și „teritoriul" dreptului internațional. Concret: anumite reguli de drept național se aplică *sui generis* dincolo de teritoriul statului-națiune emitent. Calific această aplicare ca fiind *sui generis*, întrucât nu operează prin mecanismul conflictului de legi. Asemenea calificare se datorează și diluării, pe alocuri, a prezumției contra aplicării extra-teritoriale a legislațiilor naționale. Îmi pare că a contribuit la această diluare amplificarea caracterului permeabil al granițelor politico-teritoriale ale statelor-națiune[71].

În al doilea rând, regulile din domeniul siguranței alimentare au început să constituie osatura unui așa-numit „drept al hranei". Aceste reguli nu mai pot fi captate, independent și izolat, de sistemul de drept internațional, respectiv de instituția conflictului de legi; „rețeaua" de interese eterogene implicate în domeniul siguranței alimentare funcționează în lumina unei interdependențe. Este vorba despre interdependența dintre actorii, eterogeni și aceștia ca natură, care se manifestă neliniar în interiorul, respectiv în exteriorul statelor-națiune. Interdependența evocată este atât de intensă, încât mecanismele de guvernare politică au lăsat locul sau sunt sau au devenit acompaniate de mecanismele de guvernanță. Acestea din urmă nu se opresc la granițele politico-administrative ale statelor-națiune. Prin guvernanță, se „străbate" mapamondul și, implicit, teritoriile statelor-națiune[72]. Guvernanța operează simultan sau/și concomitent,

[71] Chestiunea aplicării extra-teritoriale a legislațiilor emise de anumite state-națiune este analizată, cel puțin de un autor, ca fiind „ubicuă și, adesea, legitimă". A se vedea M. Lehman, *New challenges of extraterritoriality: superposing laws*, în F. Ferari, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)- Northampton, MA (USA), 2019, pp. 259-291. Acest autor mai menționează un aspect demn de luat în seamă. Legislația Uniunii Europene din aria datelor personale (Regulamentul (UE) 2016/679 din 27 aprilie 2016, n.n.) dobândește, grație unui subiect de drept privat (compania Facebook, n.n.), aplicare extra-teritorială. Compania Facebook a preluat în propriile „reglementări" concepția sus-menționatului instrument quasi-federal. „Reglementările" emise de actorul privat compania Facebook se aplică propriilor clienți dispersați pe teritorii ale statelor-națiune din întreaga lume. Așa fiind, observăm cum un actor privat conferă „autoritate" extra-teritorială unei reglementări aplicabile numai pe teritoriul Uniunii Europene. Plusez: reglementarea quasi-federală evocată a devenit, grație unui subiect de drept privat, manifestare a dreptului transnațional. Esența acestei manifestări este chiar aplicarea extra-teritorială, prin intermediul „reglementărilor" Facebook, a Regulamentului (UE) 2016/679.

[72] Se pare că noțiunea „guvernanță globală" a fost creionată de auto-intitulata „Comisie referitoare la guvernanța globală". Noțiunea ca atare a fost preluată de agenda ONU în 1995. A se vedea C. N. Murphy, *The emergence of global governance*, în Th. G. Weiss, R. Wilkinson (eds.), *International Organization and Global Governance* (1st

însă interșanjabil, respectiv în multiple feluri. Concret: guvernanța funcționează descentralizat, verticalizat, orizontalizat și în „diagonală" în egală măsură; guvernanța validează ierarhiile orizontalizate (ce paradox derutant!, n.n.), pe de o parte, guvernanța validează nesubordonarea verticalizată (alt paradox derutant, n.n.), pe de altă parte. În ultimii ani, regulile evocate s-au aflat fervent pe agenda statelor-națiune, organizațiilor inter-guvernamentale (internaționale, n.n.), dar și al organizațiilor non-guvernamentale deopotrivă.

Tensiunile dintre aceste agende s-au exprimat (și) prin mecanisme de drept transnațional (cum ar fi mecanismul transplantului, n.n.). De exemplu, GLOBALG.A.P. este o entitate privată care certifică produse agricole; în cadrul acestui demers, GLOBALG.A.P. a incorporat propriilor „reglementări" liniile directoare stabilite de Organizația ONU pentru Alimentație și Agricultură[73] (FAO). Un alt exemplu: Ghidul legal UNIDROIT/FAO/FIDA referitor la agricultura contractuală, în continuare „Ghidul", constituie expresia interacțiunii dintre mecanismele de creare de drept internațional și mecanismele de creare de practici în domeniul agricol. Acestea din urmă sunt instituite de producătorii agricoli (inclusiv de entități private), precum și de companii, preponderent private, care activează în aria agro-alimentară[74]. De data aceasta,

edition), Routledge, 2013, pp.49-60. Raportul dintre componenta „privată" a dreptului internațional și guvernarea globală este analizată de H. van Loon, *The present and prospective contribution of global private international law unification to global legal ordering*, în F. Ferari, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 70, pp. 214-234. Comisia de guvernanță globală a fost creată în lumina inițiativei lui Willy Brandt. Pentru o posibilă conceptualizare a guvernării globale, a se vedea Raportul „*Vecinătatea noastră globală*" elaborat de Comisia referitoare la guvernanța globală Raportul este menționat și de K. Nowrot, *Global Governance and International Law (Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht),* Universitatea Halle-Wittenberg, 1 noiembrie 2004, pp. 1-34.

[73] Evidențiază caracterul privat al acestei entități G. Shaffer, C. Coye, *supra. Cit.,* nota de subsol nr. 5, pp. 126-152. Cadrul extins al aspectelor sus-menționate este analizat de E. E. Meidinger, *Private Import Safety Regulation and Transnational New Governance*, în C. Coglianese, A. M. Finkel, D. Zaring (eds.), *Regulatory Governance in the Global Economy,* University of Pennsylvania Press, 2010, pp. 233-253. Sub cupola entității private GLOBALG.A.P., au fost emise standarde internaționale în domeniul certificării de produse alimentare. Aceste standarde au fost stabilite, împreună, în 1997 de un stat-națiune (Marea Britanie, n.n.) și de o serie de actori privați (magazine universale). Aceștia din urmă sunt membrii unui Grup de lucru din domeniul desfacerii de produse alimentare în Europa. Sistemul de certificare în discuție este utilizat în lumea întreagă. Iată o situație transnațională! A se vedea F. Snyder, H. Zhouke, N. Lili, *Transnational Law in the Pacific Century. Mapping Pesticide Regulation in China,* în P. Zumbansen (ed.), *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 153-185.

[74] Pentru analiza interacțiunilor (așa-numitele „interlegalități", n.n.) incidente pe piața siguranței alimentare, a se vedea și A. C. Aman Jr., C. J. Greenhouse**,** *supra.cit.,* nota de subsol nr. 11, pp. 414-423.

un instrument internațional „lichid" (*soft law)* a incorporat (și) interese ale operatorilor privați; acești operatori privați „străbat", prin propriile produse agricole destinate comercializării pe mapamond, teritoriile statelor-națiune.

Observăm faptul că interacțiunea dintre public și privat este de esența mult analizatei și, poate, controversatei guvernanțe globale (trans-teritoriale, n.n.[75]). Însă interacțiunea menționată nu epuizează mozaicul normativ și quasi-normativ scos la lumină de metodologia denumită „drept transnațional". Există și o serie de alte interacțiuni. De exemplu, există interacțiunea dintre normativ și quasi-normativ. Mai există interacțiunea dintre național și internațional funcționabilă dinspre național spre internațional și invers. Din noianul de interacțiuni, transpare și existența regulilor de drept național a căror natură transnațională se manifestă și în multiple domenii.

În considerarea scrierii acestui articol, am optat pentru domeniul siguranței alimentare, sub-domeniul pesticidelor. Siguranța alimentară constituie una dintre chestiunile care interesează mapamondul[76]. Este reglementabilă prin instrumente de drept internațional cu putere obligatorie (acorduri multilaterale interguvernamentale, n.n.) și neobligatorie (*soft law)* deopotrivă. Orice chestiune care interesează mapamondul (inclusiv chestiunea siguranței alimentare, n.n.) este reglementabilă și printr-un instrument de drept intern (național, n.n.). În momentul în care concepția acestui din urmă instrument este proiectată într-un instrument de drept internațional, oricare ar fi versiunea acestuia, regula de drept național dobândește natură transnațională. Cu alte cuvinte, naționalul

[75] În acest stadiu al propriilor analize, îmi pare mai potrivită noțiunea „guvernanță trans-teritorială", în detrimentul noțiunii „guvernanță globală". Aceasta din urmă este de esența globalizării care „sugerează o idee a universalității și centralizarea de sus în jos". Formulează această idee R. Michaels, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 15, pp. 141-160. Îmi pare că globalizarea a „înghițit" teritoriile statelor-națiune și le-a proiectat în derutantul spațiu de-teritorializat. În condițiile declinului globalizării, s-a reactivat transnaționalul care implică universalul, paradoxal, plural, pe de o parte, care nu implică de-teritorializarea, pe de altă parte. Teritoriile statelor-națiune sunt utilizate de actori plurali și diverși ca natură; acești actori instituie guvernanța de sus în jos, de jos în sus, dar și guvernanța incidentă „pe diagonală". Întrucât nu implică de-teritorializarea, ci folosește teritoriile statelor-națiune, guvernanța post-globalizare nu poate fi decât trans-teritorială.

[76] Este greu de omis chestiunea referitoare la protejarea mediului înconjurător. De altfel, această chestiune este predispusă la abordarea prin mecanismele dreptului transnațional. Unul dintre aceste mecanisme implică instituirea, pe orizontală, de „rețele". Acestea din urmă sunt instituite de oameni de știință, organizații non-guvernamentale, mișcări sociale promotoare ale activismului de orice tip (*e.g.,* social), orașe. Este bine-cunoscută inițiativa primarului orașului Londra manifestată, în sensul constituirii, in anul 2005, a Grupului celor 18 mega-orașe (C40). C40 s-a constituit pentru a contracara pericolele generate de schimbările climatice. Pentru analiza acestor aspecte, a se vedea A. C. Aman Jr., C. J. Greenhouse, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 11, pp. 106-113.

poate sălășlui, prin transnațional, în internaționalul „împrăștiat" în alte ordini juridice naționale. Asemenea natură transnațională poate dobândi orice regulă de drept național (român, rus, japonez, nigerian, american etc), sub rezerva îndeplinirii condiției menționate: concepția de drept intern referitoare la chestiunea de interes pentru mapamond se regăsește, grație eforturilor politico-diplomatice, în conținutul unui instrument de drept internațional; acesta din urmă produce efecte și/sau influențează ordini juridice ale altor state-națiune. În domeniul siguranței alimentare, sub-domeniul pesticidelor, au dobândit natură transnațională regulile de drept chinez. Este deloc surprinzătoare această natură dobândită pentru cel puțin două motive. În primul rând, R.P. Chineză este lider mondial în producția, utilizarea și exportul pesticidelor; în al doilea rând, R.P. Chineză are un rol semnificativ în activitatea comercială cu produse alimentare[77].

Este indiscutabilă existența labirintului de reglementări și quasi-reglementări, fie internaționale, fie naționale (chineze, n.n.) care acoperă domeniul, respectiv sub-domeniul evidențiate[78]. Ceea ce mi-a atras atenția nu este acest labirint de reglementări și quasi-reglementări[79]. Chestiunile care interesează mapamondul, inclusiv siguranța alimentară, nu (mai) sunt numai „afacerea" statelor-națiune; nu (mai) sunt numai „afacerea" dreptului internațional. Pentru soluționarea unor asemenea chestiuni, este nevoie de o întreagă „infrastructură" normativă, respectiv quasi-normativă; respectiva „infrastructură" ființează *dincolo de* teritoriile statelor-națiune, însă, paradoxal, reverberează asupra respectivelor teritorii. La propagarea acestei „infrastructuri", de altfel mustind de transnațional, contribuie plurali și diverși actori: organizații internaționale, guverne ale statelor-națiune exportatoare și importatoare de alimente, asociații profesionale, asociații de consumatori etc. Aceste din urmă aspecte mi-au atras atenția! Aceste din urmă aspecte evidențiază și modul în care o concepție de drept național (în acest caz, dreptul chinez, n.n.) devine standard internațional!

[77] A se vedea F. Snyder, H. Zhouke, N. Lili, *supra.cit.* nota de subsol nr. 72, pp. 153-185.

[78] În acest labirint, se pot identifica, de exemplu, Convenția adoptată de Organizația Internațională a Muncii cu privire la Siguranța și Sănătatea din Agricultură, astfel adoptată în data de 21 iunie 2001 și intrată în vigoare în data de 20 septembrie 2003. Se poate identifica și Codul Internațional de Conduită cu privire la Distribuția și Utilizarea Pesticidelor (1985, cu reactualizarea din 2002) adoptat de FAO. Pentru analiza judicioasă a tabloului complet al reglementărilor internaționale și naționale (chineze, n.n.) din sub-domeniul în discuție, a se vedea F. Snyder, H. Zhouke, N. Lili, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 76, pp. 153-185.

[79] Reiterez ideea potrivit căreia energia pluralismului juridic este conferită de interacțiunea, mai exact de consecințele interacțiunilor dintre sus-menționatele reglementări care „ocupă" același domeniu al vieții sociale.

Iar standardul internațional (instrument de drept internațional „lichid") influențează, și prin organizații internaționale, cadrul normativ al statelor-națiune în domeniul siguranței alimentare, sub-domeniul pesticidelor. Iată un exemplu![80]

Este bine-cunoscută Comisia Codului Alimentar (*Codex Alimentarius*), denumită în continuare „Comisia", instituită în 1963 de FAO și de Organizația Mondială a Sănătății. Din multitudinea de comitete prin intermediul cărora lucrează Comisia[81], este de reținut Comitetul Codex referitor la reziduurile din pesticide, denumit în continuare „Comitetul". Comitetul este orizontalizat ca structură, în sensul că este compus din actori de drept public (*exempli gratia*, din organizații guvernamentale) și privat (*exempli gratia*, din organizații non-guvernamentale, asociații profesionale din industria de profil) deopotrivă. Odată cu prezidarea de către R.P. Chineză a Comitetului și, în lumina dobândirii de acest stat a calității de membru OMC, a dobândit amploare procesul de elaborare a standardelor internaționale referitoare la limitele maxime ale reziduurilor din pesticide[82].

În cadrul acestui proces, componenta invizibilă a metodologiei „dreptul transnațional"[83] este compusă din regulile de drept național (în acest caz, este vorba despre dreptul chinez, n.n.)[84]. Concret: standardele internaționale susmenționate sunt dezvoltate în considerarea activității de cercetare științifică efectuate de specialiștii/experții chinezi; această activitate valorifică evaluările riscului utilizării pesticidelor în alimente, iar aceste evaluări valorifică ele însele concepții de drept național (în acest caz, concepții de drept chinez, n.n.). La nivel de principiu, iată cum reguli de drept național dobândesc identitate transnațională, pe de o parte, sunt „găzduite" de instrumente de drept internațional „lichid" (*exempli gratia*, Standarde), pe de altă parte. Trans-naționalitatea regulilor de drept în discuție este aureolată prin și de faptul că standardele internaționale influențează reglementări de profil ale statelor-națiune și chiar instrumente

[80] Am valorificat acest exemplu evidențiat, în domeniul standardelor internaționale din aria pesticidelor, și de F. Snyder, H. Zhouke, N. Lili, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 76, pp. 153-185.

[81] Este relevantă lecturarea cărții scrise de Mariëlle D. Masson-Matthee**,** *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards,* ediția I, editura T.M.C. Asser Press, Haga, 2007.

[82] Este vorba despre limitele maxime ale reziduurilor din pesticide, astfel admise în producerea de alimente.

[83] Este interesant studiul scris de Natasha Affolder, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 3, pp. 364-385.

[84] Am menționat deja faptul că orice regulă de drept național are vocație să dobândească natură transnațională. Să fie oare viitorul dreptului transnațional național? Merită să fie contemplată această întrebare. Fie și pentru faptul că, nu de mult timp, mam întrebat și am întrebat: *„Este viitorul dreptului internațional transnațional?".* Această din urmă întrebare este chiar titlul parțial al articolului publicat în Revista română de drept al afacerilor nr. 3/2021, pp.41-73.

ulterioare de drept internațional „solid" (*hard law*)[85]. Asistăm la mai mult decât o simplă intersecție dintre dreptul național-autohton, dreptul străin-autohton și dreptul internațional[86]. Asistăm la propagarea unei ordini juridice transnaționale, de data aceasta, în domeniul siguranței alimentare, sub-domeniul pesticidelor. Încă ne mai întrebăm acum, în secolul XXI, dacă este nevoie să luăm dreptul transnațional (public) în serios?

III. Concluzii

Am văzut că ordinile juridice transnaționale evocate mai sus, metise ca natură, ne atrag atenția asupra cel puțin unui aspect: interșanjabilitatea de identitate a concepțiilor de drept național (autohton, respectiv străin, n.n.) și internațional surpă, încet, dar sigur, distincțiile nete dintre ordinile juridice internațională și naționale. Cel puțin la început de secol de XXI, respectivele distincții și-au pierdut vigoarea. Putem accepta sau nu acest fapt. Putem lansa diatribe, ne putem apăra cu inocență violentă. Sau putem să ne oprim din toate aceste eventuale demersuri. Da! Să ne oprim! Și să ne întrebăm dacă scriem în acord cu timpurile, dacă putem face față situațiilor transnaționale în care ne aruncă această derutantă realitate post-post-modernă.

Distincțiile evocate vor continua să existe[87]. Avertizez: vor exista sau se vor manifesta în stare fluidă! Fluidul neo-westphalian este noul solid[88]! Noi, doctrinarii, putem capta fluidul prin plurale și diverse tehnici. Avansez cu modestie nedisimulată sugestia: să-l captăm (și) prin tehnica „drept

[85] Mecanismul „drept transnațional" funcționează nu numai dinspre dreptul internațional către sistemele de drept național sau către ordinile juridice quasi-normative, ci și dinspre acestea spre din urmă spre dreptul internațional însuși. De exemplu, regulile quasi-juridice adoptate de o mică asociație pot fi „apropriate" de OMC într-unul din propriile instrumente (de drept internațional, n.n.). Sesizează acest aspect P. S. Berman, *Jurisdictional Pluralism,* în St. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Gragl, E. Guntrip (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law,* Oxford University Press, 2019, pp.121-160.

[86] Această intersecție a fost analizată din perspectiva activității de soluționare a litigiilor de către instanțele locale (australiene, n.n.) de judecată. A se vedea B. Horrigan, *supra.cit.,* nota de subsol nr. 8, pp. 197-223. Propriul articol invită la descoperirea intersecției din momentul creării regulilor de drept transnațional.

[87] Distincția netă dintre drept public și dreptul privat este surpată de ceva vreme prin „dreptul privat dincolo de statul-națiune". A se vedea, de exemplu, R. Michaels, N. Jansen**,** *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization,* în The American Journal of Comparative Law, vol. 54 (2006), nr. 4, pp. 843-890.

[88] În propriul articol *Dreptul transnațional și comerțul: posibilă introducere,* publicat în Revista Română de drept al afacerilor, nr. 1/2021, pp. 71-99, am utilizat plastica formulă „De la pacea westphaliană la neo-westphalianul 'nici pace, nici război' ". Îmi pare și acum că acest „nici pace, nici război" exprimă fluidul realității post-post-moderne.

transnațional”! Chiar dacă vom exersa această tehnică, vom rămâne, indiscutabil, doctrinarii propriilor state-națiune; nu ne vom descotorosi de ele, ci le vom proiecta, prin transnațional, în universal. În plus, prin transnațional, avem șansa să „străbatem” ordinile juridice și quasi-juridice. Da! Prin transnațional, avem șansa să contemplăm universalul din avanposturi ... locale; de altfel, realitatea post-post-modernă este o sumă de lumi plurale și locale generatoare de universal[89]; mai este o sumă de plurale și diverse atașări și re-atașări.

Prin internațional, aveam șansa să contemplăm universalul din avanpostul ... inter-etatic (internațional, n.n.). Însă statele-națiune sunt departe de a găsi armonia universală; s-au afundat în dezordini locale care au „ciobit” dreptul internațional, l-au fragmentat, l-au „privatizat” de-a dreptul. Prin tehnica „drept transnațional (public)”, dreptul internațional poate redeveni ... public, chiar și în arealul ordinilor juridice metise (transnaționale, n.n.). O spun și scriu eu, un prezumtiv privatist „internist”. În orice caz, încă ne mai întrebăm acum, în secolul XXI, dacă este nevoie să luăm dreptul transnațional (public) în serios?

Această întrebare animă al doilea mesaj-invitație: „Să luăm Teoria dreptului transnațional în serios!”. Contorsionatele situații transnaționale simt și resimt lipsa unei conceptualizări a ceea ce se întâmplă azi, în post-post-modernism. Prin iureșul normativ și quasi-normativ pe care îl generează, post-post-modernismul ne sugerează că interdependențele dintre ordinile juridice și quasi-juridice își revendică un statut. Acela de a fi ADN-ul preocupărilor noastre doctrinare.

Referințe

Allen S., Costelloe D., Fitzmaurice M., Gragl P., Guntrip E. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law,* Oxford University Press, 2019, https://doi.org/10.1093/law/9780198786146.001.0001;

Aman Jr. A. C., Greenhouse C.J., *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World, Carolina* Academic Press, Durham, North Carolina, 2017;

Berman P.S . (ed), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, 2020;

Bobei R.B, Curs de drept internațional – cu privire numai asupra comerțului, Editura C.H. Beck, București, 2019;

Bobei R.B., *Abordare preliminară asupra diferitelor accepțiuni ale noțiunii „drept transnațional”*, în Revista Română de Drept Internațional, ediția ianuarie – iunie 2020, pp. 7-45;

Bobei R.B., *Abordări și origini (comerciale) ale dreptului transnațional,* în Revista Română de Drept Internațional, ediția iulie-decembrie 2020, pp. 5-39 ;

Bobei R.B., *Dreptul transnațional și comerțul: posibilă introducere,* publicat în Revista română de drept al afacerilor, nr. 1/2021, pp. 71-99;

Carreau D., Marella F., *Droit international,* ed. a XI-a, Pedone, Paris, 2012;

[89] A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 27.

Coglianese C., Finkel A. M., Zaring D. (eds.), *Regulatory Governance in the Global Economy,* University of Pennsylvania Press, 2010;
Cutler A.C., *Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law,* în Review of International Political Economy, vol. 4 (1997), nr. 2, pp. 261-285, https://doi.org/10.1080/096922997347788;
Davis C. L., *Why Adjudicate? Enforcing Trade Rules in the WTO,* Princeton University Press, 2012;
Eisenmann Ch., *Les Sciences sociales dans l'enseignment supérieur, Droit* ou *The University Teaching of Social Sciences-Law,* Unesco, Paris, 1954;
Este viitorul dreptului internațional transnațional? în Revista română de drept al afacerilor nr. 3/2021, pp. 41-73;
Ferari F., Fernandez Arroyo D. P. (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)-Northampton, MA (USA), 2019;
Giddens A., *The Consequences of Modernity,* Cambridge, Polity Press, 1991;
Grisel F., *Treaty Making between Public Authority and private Interests: The Genealogy of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, în European Journal of International Law, vol. 28 (2017), nr. 1, pp. 73-87, https://doi.org/10.1093/ejil/chx008;
Halliday T.C., Carruthers B.G., *The Recursivity of Law: Global Norm-Making and National Law-Making in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes*, în American Journal of Sociology, vol. 112 (2007), nr. 4, pp. 1135-1202, https://doi.org/10.1086/507855;
Halliday T.C., Shaffer G. (eds.), *Transnational Legal Orders,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015;
Howse R., Langille J., *Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Non-instrumental Moral Values,* în The Yale Journal of International Law, vol. 37 (2012), nr. 2, pp. 367-432;
Jessup Ph. C., *Drept transnațional* (traducere), Editura Universul Juridic, Colecția „Drept internațional și transnațional", București, 2021;
Koh H.H. *Transnational Legal Process,* în Nebraska Law Review, vol. 75 (1996), nr. 1, pp. 181-207;
Koh H.H. *Why Do Nations Obey International Law,* în Yale Law Journal, vol. 106 (1997), pp. 2599-2659, https://doi.org/10.2307/797228;
Koh H.H. *Why Transnational Law Matters,* în Pennsylvania State International Law Review, vol. 24 (2006), pp.745-753;
Koskenniemi M., *Global Governance and Public International Law*, în Kritische Justiz, vol. 37, nr. 3 (2004), pp. 241-254, https://doi.org/10.5771/0023-4834-2004-3-241;
Laferty W.M. (ed.), *Governance for Sustainable Development: The Challenge of Adapting Form to Function,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)- Northamton, MA (USA), 2004;
Lhuilier G., *Le Droit Transnational,* Dalloz, Paris, 2016;
Masson-Matthee M.D., *The Codex Alimentarius Commission and Its Standards,* ediția I, Editura T.M.C. Asser Press, Haga, 2007;
Merry S.M., *New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law,* în Law & Society Enquiry, vol. 31 (2006), pp. 975-995, https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2006.00042.x;

Michaels R., Jansen N., *Private Law Beyond the State? Europenization, Globalization, Privatization,* în The American Journal of Comparative Law, vol. 54 (2006), nr. 4, pp. 843-890, https://doi.org/10.1093/ajcl/54.4.843;

Michaels R., *State Law as a Transnational Legal Order,* în UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law, vol. 1 (2016), pp. 141-160;

Muir Watt H., Bíziková L., Oliveira A.B., Fernandez Arroyo D.P. (eds), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)- Northampton, MA (USA), 2019;

Nowrot K., *Global Governance and International Law (Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht),* Universitatea Halle-Wittenberg, 1 noiembrie 2004, pp. 1-34;

Pauwelyn J., Wessel R.A., Wouters J., *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, în European Journal of International Law, vol. 25 (2014), nr. 3, pp. 733-763, https://doi.org/10.1093/ejil/chu051;

Peters A., *Beyond Human Rights. The legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018;

Reimann M., *From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum,* în Pennsylvania State International Law Review, vol. 22 (2004), nr. 3, pp. 397-415;

Sassen S., *Territory. Authority. Rights From Medieval to Global Assemblages,* Princeton University Press, New Jersey, 2006;

Shaffer G. *Theorizing Transnational Legal Ordering*, în Annual Review of Law and Social Science, vol. 12 (2006), pp. 231-253, https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110615-085128;

Shaffer G. *Transnational Legal Process and State Change*, în Law & Social Inquiry, vol. 37 (2012), nr. 2, pp. 229 – 264, https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2011.01265.x;

Shaffer G. *WTO in a Fragmented, Decentralized International Legal Order: Symposium Introduction,* în Loyola University Chicago International Law Review, vol. 6 (2008), nr. 1, pp. 1-4, https://doi.org/10.2139/ssrn.1507783;

Shaffer G., Gao H., *China's Rise: How It Took on the U.S. at the WTO,* în University of Illinois Law Review, vol. 1 (2018), pp. 114-184;

Vagts D.F., Dodge W.S., Buxbaum H.L., Koh H.H. (eds), *Transnational Business Problems*, ed. a VI-a, Foundation Press, St. Paul (MN), 2019;

Weil P., *Towards relative normativity in international law*, în American Journal of International Law, vol. 77 (1983), nr. 3, pp. 413-442, https://doi.org/10.2307/2201073.

Weiss T.G., Wilkinson R. (eds.), *International Organization and Global Governance*, ed. I, Routledge, 2013;

Whytock C., *Private-Public Interaction in Global Governance: The Case of Transnational Commercial Arbitration,* în Business and Politics, vol. 12 (2010), nr. 3, pp. 1-27, https://doi.org/10.2202/1469-3569.1324;

Wolff R. (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary-*, C.H. Beck- Hart- Nomos, München, 2012;

Zumbansen P. *Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation*, în German Law Journal, vol. 5, nr. 2, 2004, pp. 1499-1520, https://doi.org/10.1017/S2071832200013377;

Zumbansen P. *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power*, în Law and Contemporary Problems, vol. 76 (2013), pp. 117-138, https://doi.org/10.2139/ssrn.2252208;

Zumbansen P. (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal,* Cambridge University Press, 2020;
Zumbansen P., *Where the Wild Things Are: Journeys to Transnational legal Orders and Back,* în UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law, vol. 1 (2016), pp. 161-194, https://doi.org/10.2139/ssrn.2723990;

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-3

Aspecte jurisprudențiale privind relațiile personale dintre copil și părinții săi

Jurisprudential Aspects regarding the Personal Relations between the Child and his Parents

LUCIA IRINESCU[1]

Rezumat: Interesul superior al copilului, în accepțiunea Legii nr. 272/2004 şi a Codului civil, se circumscrie dreptului copilului la o dezvoltare fizică şi morală normală, la un echilibru socioafectiv şi la viață de familie, drept afirmat şi prin art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului. Copilul are dreptul să crească alături de ambii săi părinți, care sunt responsabili pentru creşterea şi educarea lui. În situația în care părinții nu locuiesc împreună, posibilitatea părintelui la care nu se afla copilul de a avea legături personale cu acesta trebuie recunoscuta intr-o măsură cât mai ridicată.

Cuvinte-cheie: interesul superior al copilului, autoritate părintească, relații personale, practică judiciară

Abstract: The superior interest of the child, within the meaning of Law no. 272/2004 and of the Civil Code, is limited to the child's right to a normal physical and moral development, to a socio-affective balance and to family life, a right also affirmed by art. 8 of the European Convention on Human Rights. The child has the right to grow up with both his parents, who are responsible for his upbringing and education. In the situation where the parents do not live together, the possibility of the parent with whom the child was not present to have personal relations with him must be recognized as high as possible.

Keywords: superior interest of the child, parental authority, personal relationships, legal practice

1. Exercitarea autorității părintești. Regula și excepția

Autoritatea părintească desemnează ansamblul de drepturi şi obligații care le revin părinților, în mod egal, cu privire la persoana și bunurile copilului

[1] Conferenţiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iaşi, email : lirinescu@yahoo.com

(art. 503 C. civ.) [2] Astfel, conform art. 487 C. civ., "părinții au dreptul şi îndatorirea de a creşte copilul, îngrijind de sănătatea şi dezvoltarea lui fizică, psihică şi intelectuală, de educația, învățătura şi pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, însuşirilor şi nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea şi sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaşte acestuia".

Prevederile din Codul civil din materia autorității părinteşti se completează cu cele din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, cu modificările şi completările ulterioare[3] [art. 17-20, art. 35-38].

"Exercitarea drepturilor şi îndeplinirea obligațiilor părinteşti trebuie să aibă în vedere interesul superior al copilului şi să asigure bunăstarea materială şi spirituală a copilului, în special prin îngrijirea acestuia, prin menținerea relațiilor personale cu el, prin asigurarea creşterii, educării şi întreținerii sale, precum şi prin reprezentarea sa legală şi administrarea patrimoniului său" [art. 36 alin. (2) din Legea nr. 272/2004]. Părinții nu pot renunța la calitatea de părinte și nici la exercitarea autorității părinteşti; în schimb, aceştia se pot înțelege cu privire la modalitatea de exercitare a autorității părinteşti [art. 36 alin. (6) din Legea nr. 272/2004].

Practic, interesul superior al copilului conduce la exercitarea autorității părinteşti în comun sau, altfel spus, dreptul copilului de a creşte alături de părinții săi conduce la obligația părinților de a participa la creşterea şi educarea acestuia. În acest sens, art. 488 C. civ. stabileşte în sarcina părinților o serie de îndatoriri specific precum: să coopereze cu copilul şi să îi respecte viața intimă, privată şi demnitatea; să prezinte şi să permită informarea şi lămurirea copilului despre toate actele şi faptele care l-ar putea afecta şi să ia în considerare opinia acestuia; să ia toate măsurile necesare pentru protejarea şi realizarea drepturilor copilului; să coopereze cu persoanele fizice şi persoanele juridice cu atribuții în domeniul îngrijirii, educării şi formării profesionale a copilului.

Prin urmare, ca regulă generală, copilul creşte alături de părinții săi, atât timp cât aceştia locuiesc împreună. Art. 503 alin. (2) instituie chiar și o prezumție de mandat tacit reciproc în materia autorității părinteşti, în sensul că "față de terții de bună-credință, oricare dintre părinți, care îndeplineşte un act curent pentru exercitarea drepturilor şi îndeplinirea îndatoririlor părinteşti, este prezumat că are și consimțământul celuilalt părinte".

[2] Codul familiei reglementa în Titlul III. *Ocrotirea minorului* și nu conținea prevederi care să definească autoritatea părintească sau ocrotirea părintească. *În conformitate cu art. 42 C. fam., „instanța judecătorească va hotărî, odată cu pronunțarea divorțului, căruia dintre părinți vor fi încredințați copiii minori. În acest scop, instanța va asculta părinții și autoritatea tutelară și, ținând seama de interesele copiilor, pe care, de asemenea, îi va asculta dacă au împlinit vârsta de zece ani, va hotărî pentru fiecare dintre copii, dacă va fi încredințat tatălui sau mamei".*

[3] Republicată în M. Of. nr. 159 din 5 martie 2014

În situația în care părinții nu mai locuiesc împreună, deoarece sunt separați în fapt, au divorțat, nu au conviețuit niciodată, etc., regula exercitării în comun a autorității părintești se menține, deciziile importante, precum cele referitoare la alegerea felului învățăturii sau pregătirii profesionale, tratamente medicale complexe sau intervenții chirurgicale, reședința copilului sau administrarea bunurilor, se iau numai cu acordul ambilor părinți [art. 36 alin. (3) din Legea nr. 272/2004].

În cazul în care părinții divorțează, regula enunțată în art. 397 C. civ. potrivit căreia și după divorț părinții vor păstra exercițiul comun al autorității părintești, cunoaște unele excepții. Una dintre acestea este reglementată de art.507 C. civ. și intervine atunci când unul dintre părinți este "decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicție, decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau dacă, din orice motiv, se află în neputință de a-și exprima voința, celălalt părinte va exercita singur autoritatea părintească". O altă excepție de la regula exercitării autorității părintești în comun după divorț se regăsește în cazurile în care se dovedește existența unor motive întemeiate precum cele enumerate în art. 36 alin. (7) din Legea nr. 272/2004: „alcoolismul, boala psihică, dependența de droguri a celuilalt părinte, violența față de copil sau față de celălalt părinte, condamnările pentru infracțiuni de trafic de persoane, trafic de droguri, infracțiuni cu privire la viața sexuală, infracțiuni de violență, precum și orice alt motiv legat de riscurile pentru copil", etc, iar instanța de tutelă hotărăște ca autoritatea părintească să se exercite de către un singur părinte [art. 398 alin. (1) C. civ.].

În aceste situații, celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului, dreptul de a întreține relații personale cu acesta, precum și dreptul de a consimți la adopția acestuia[art. 398 alin. (1) C. civ.]. În toate cazurile, ascultarea copilului care a împlinit vârsta de 10 ani este obligatorie, instanța ținând seama de vârsta și gradul său de maturitate. În practica judiciară, instanțele au reținut că lipsa de implicare a unuia dintre părinți în creșterea și educarea copilului, dublată de alte împrejurări care constituie motive temeinice, neînțelegerile frecvente și lipsa de comunicare dintre părinți pot constitui motive de acordare a exercițiului exclusiv al autorității părintești.[4]

Sintetizând cele prezentate mai sus, putem evidenția că după divorțul sau separarea părinților, este în interesul copilului ca legăturile dintre acesta și părintele cu care nu locuiește în mod statornic să se păstreze. În conformitate cu prevederile art. 401 alin. (1) C. civ., „în cazurile prevăzute la art. 400, părintele sau, după caz, părinții separați de copil au dreptul de a avea legături personale

[4] Pentru detalii în acest sens, a se vedea C. M. Crăciunescu, "*Interesul superior al copilului în exercitarea autorității părintești exclusiv de către unul dintre părinți"*, în M. Avram (coord.), *Autoritatea părintească. Între măreție și decădere*, Editura Solomon, București, 2018, p. 17 și urm.

cu acesta", iar potrivit art. 496 alin. (5) teza I C. civ., „părintele la care copilul nu locuieşte în mod statornic are dreptul de a avea legături personale cu minorul, la locuinţa acestuia". În completarea acestor prevederi, se înscriu cele cuprinse în art. 19 din Legea nr. 272/2004 potrivit cărora "copilul care a fost separat de ambii părinţi sau de unul dintre aceştia printr-o măsură dispusă în condiţiile legii are dreptul de a menţine relaţii personale şi contacte directe cu ambii părinţi, însă doar dacă acest lucru nu contravine interesului superior al copilului. În acest caz, instanţa judecătorească, luând în considerare cu prioritate interesul superior al copilului, poate limita exercitarea acestui drept dacă există motive temeinice de natură a periclita dezvoltarea fizică, mentală, spirituală, morală sau socială a copilului".

Prin urmare, părinţii se pot învoi cu privire la un program de relaţii personale şi doar în caz de neînţelegere între aceştia, instanţa va stabili un program ţinând cont de criteriile enumerate în art. 17 din Legea nr. 272/2004, respectiv: vârsta copilului, nevoile de îngrijire şi educare ale acestuia, intensitatea legăturii afective dintre copil şi părintele la care nu locuieşte şi comportamentul acestuia din urmă. În funcţie de circumstanţele specifice ale fiecărei cauze, se pot avea în vedere şi: opinia copilului, nevoile de adaptare ale copilului, felul în care copiii fac faţă separării şi divorţului, circumstanţele ambilor părinţi, ale rudelor şi ale altor persoane semnificative pentru copil, locuinţa fiecărui părinte, distanţa dintre acestea şi/sau unitatea unde învaţă copilul, locuinţa rudelor, nevoia pentru activi- tăţi sau îngrijire după programul şcolar, mijloace de transport, orarul de muncă al fiecărui părinte.

Art. 18 alin. (1) din acelaşi act normativ enumeră cu titlu exemplificativ modalităţile prin care se pot realiza relaţiile personale: „a) întâlniri ale copilului cu părintele ori cu o altă persoană care are dreptul la relaţii personale cu copilul; b) vizitarea copilului la domiciliul acestuia; c) găzduirea copilului, pe perioadă determinată, de către părintele sau de către altă persoană la care copilul nu locuieşte în mod obişnuit, cu sau fără supravegherea modului în care relaţiile personale sunt întreţinute, în funcţie de interesul superior al copilului; d) corespondenţă ori altă formă de comunicare cu copilul; e) transmiterea de informaţii copilului cu privire la părintele ori la alte persoane care au dreptul de a menţine relaţii personale cu copilul; transmi- terea acestor informaţii se va face cu respectarea interesului superior al copilului, precum şi a dispoziţiilor speciale vizând confidenţialitatea şi transmiterea informaţiilor cu caracter personal; f) transmiterea de către persoana la care locuieşte copilul a unor informaţii referitoare la copil, inclusiv fotografii recente, evaluări medicale sau şcolare, către părintele sau către alte persoane care au dreptul de a menţine relaţii personale cu copilul; transmiterea acestor informaţii se va face cu respectarea interesului superior al copilului, precum şi a dispoziţiilor speciale vizând confidenţialitatea şi transmiterea informaţiilor cu caracter personal; g) întâlniri ale copilului cu părintele ori cu o altă persoană faţă 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".

În practică, modul de exercitare a drepturilor părinteşti ridică probleme complexe. Minorul are dreptul să crească alături de ambii părinți şi să aibă contacte directe cu ei, iar varianta ideală ar fi ca doi doi părinți să stabilească, de comun acord, în funcție de nevoile copilului, de programul școlar al acestuia, etc., modul de exercitare a drepturilor şi obligațiilor părinteşti. Limitarea exercitării dreptului de a avea legături personale cu minorii se poate realiza doar pe cale judiciară, în lipsa acordului părinților, numai dacă există motive temeinice de natură a periclita dezvoltarea fizică, mentală, morală sau socială a copilului. Stabilirea unui program de vizitare de către instanță este o sarcină dificilă şi perfectibilă, de aceea, dincolo de litera acestui program, părțile au obligația să confere minorului posibilitatea de a-şi exercita liber şi neîngrădit dreptul de a avea legături nestânjenite şi armonioase, atât cu părinții, cât şi cu bunicii sau alți membrii ai familiei extinse. Astfel, ambii părinți trebuie să se implice responsabil în creşterea şi dezvoltarea armonioasă a copiilor lor şi să înțeleagă că minorii nu se află în proprietatea nimănui, având dreptul de a avea relații personale cu ambii părinți.

În acest sens s-a exprimat şi Curtea Europeană a Drepturilor Omului în repetate rânduri[5], arătând, spre exemplu, în cauza *Monory c. României şi Ungariei* [6] că „posibilitatea părintelui şi a copilului de a se bucura reciproc de compania celuilalt reprezintă un element fundamental al vieții de familie, iar măsurile naționale care stânjenesc această posibilitate reprezintă o ingerință în dreptul la viață de familie, protejat de art. 8, statele având obligația de a asigura reunirea copilului cu părintele său." Totodată, în cauza *Ignaccolo Zenide c. României,*[7] Curtea a reținut că statul trebuie să dispună de măsuri pozitive pentru a asigura copilului menținerea legăturii cu părintele său, iar în cauza *Pini şi Bertini, Manera şi Atripaldi c. României*[8] Curtea a arătat că, „interesul superior al copilului impune găsirea unei familii pentru minor şi nu a unui copil pentru o familie sau părinte".

Programul de relații personale stabilit de instanțele judecătoreşti se poate concretiza prin vizitarea copilului la locuința acestuia, conform unui program

[5] Pentru mai multe detalii privind jurisprudența CEDO în materie, a se vedea I.A. FILOTE-IOVU, „*Dreptul copilului de a avea legături personale cu părinții sau cu alte persoane, în lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor omului și a celei naționale*", în Revista de Dreptul Familiei nr. 2/2020, pp. 53 și urm.

[6] CEDO, Cauza Monory c. României şi Ungariei, nr. 71099/01, hotărârea din aprilie 2005.

[7] CEDO, Cauza Ignaccolo-Zenide c. României, nr. 31679/96, hotărârea din 25 ianuarie 2000.

[8] Cauza Pini, Bertani, Manera şi Atripaldi c. României, nr. 78028/01 şi nr. 78030/01, hotărârea din 22 iunie 2004.

prestabilit, de regulă, în prezența părintelui rezident sau prin găzduirea minorului, în anumite zile din timpul săptămânii sau chiar săptămâni întregi, în timpul vacanțelor.

2. Analiza soluțiilor jurisprudențiale privind exercitarea dreptului părintelui separat de copil de a avea relații personale cu copilul său[9]

2.1. Stabilirea programului de vizită

Făcând o incursiune în practica instanțelor judecătorești cu privire la modalitatea de exercitare a dreptului părintelui separat de copil de a avea relații personale cu copilul său, putem remarca faptul că optica instanțelor a evoluat de-a lungul timpului. Chiar perioada pe care cu toții o traversam în prezent, generată de apariția coronavirusului SARS-CoV2 (COVID-19) a avut și are un impact major asupra relațiilor de familie. Instanțele judecătorești au fost forțate să iasă din tiparele impuse de practica judecătorească și să găsească soluții pentru problemele actuale, care să nu contravină principiului interesului superior al copilului și nici să se abată de la ordinea publică și de la Ordonanțele Militare prin care s-a instituit starea de urgență și s-au adus limitări dreptului la libera circulație.[10]

Anterior acestui moment, odată cu intrarea în vigoarea a Codului civil și implicit, a divorțului pe cale notarială, părinții au cunoscut libertatea de a stabili nestingheriți orice modalitate de desfășurare a programului de relații personale, mergând până la stabilirea unui program de petrecere a timpului copilului în mod egal cu ambii părinți, care nu se poate concretiza decât printr-un drept de

[9] Codul civil a înlocuit noțiunea de program de vizită, prevăzută în vechiul Cod al familiei cu o noțiune nouă, respectiv aceea de păstrare a legăturilor personale.

[10] Ordonanța militară nr. 2/2020 publicată în M. Of. nr. 232 din data de 21 martie 2020; Ordonanța militară nr. 3/2020 publicată în M. Of. nr. 242 din data de 24 martie 2020, care, în art. 1 a fost interzis expres circulația tuturor persoanelor în afara locuinței, cu următoarele excepții: a) deplasarea în interes profesional, inclusiv între locuință/gospodărie și locul/locurile de desfășurare a activității profesionale și înapoi; b) deplasarea pentru asigurarea de bunuri care acoperă necesitățile de bază ale persoanelor și animalelor de companie/domestice, precum și bunuri necesare desfășurării activității profesionale; c) deplasarea pentru asistență medicală care nu poate fi amânată și nici realizată de la distanță; d) deplasarea din motive justificate, precum îngrijirea/însoțirea copilului, asis- tența persoanelor vârstnice, bolnave sau cu dizabilități ori deces al unui membru de familie; e) deplasările scurte, în apropierea locuinței/gospodăriei, legate de activitatea fizică individuală a persoanelor (cu excluderea oricăror activități sportive de echipă), cât și pentru nevoile animalelor de companie/domestice; f) deplasarea în scopul donării de sânge, la centrele de transfuzie sanguină;g) deplasarea în scop umanitar sau de voluntariat;h) deplasarea pentru realizarea de activități agricole; i) deplasarea producătorilor agricoli pentru comercializarea de produse agroalimentare.

găzduire egalitar. Acordul parental încheiat în faţa notarului ca urmare a divorţului trebuie să facă referire la toate cele trei modalităţi de exercitare a drepturilor pe care le presupune păstrarea legăturilor personale, aşa cum se regăsesc acestea în cuprinsul art. 18 din Legea nr. 272/2004, şi anume: *întâlniri ale părintelui cu copilul* (drept de acces), *dreptul de vizitare*, care presupune vizitarea copilului la domiciliul acestuia, şi *dreptul de găzduire*, care presupune găzduirea copilului la domiciliul părintelui nerezident pe o perioadă determinată.[11] Studiile au arătat că toţi copiii care au petrecut timp aproape egal cu ambii părinţi după divorţul acestora s-au dezvoltat armonios ca adulţi şi au înregistrat performanţelor lor şcolare.

În aceeaşi ordine de idei, planurile personale tradiționale, stabilite de către instanţele judecătoreşti, uneori cu copy-paste, prin care copilul petrece alternativ weekend-uri cu cei doi părinţi şi câte o săptămână în vacanţa de vară şi de iarnă cu părintele nerezident s-au dovedit că nu sunt apte să satisfacă nevoile psiho-sociale şi emoţionale ale celor mai mulţi dintre copiii separaţi de părinţi. Mai mult, accesul informaţii al părinţilor a deschis calea cunoaşterii de către aceştia a posibilităţilor pe care legislativul le oferă, ei devenind mai conştienţi de drepturile recunoscute. Spre exemplu, cererile adresate instanţelor judecătoreşti de către unul dintre părinţi cu privire la dreptul de a avea legături personale cu copilul urmăreau un anumit tipar, solicitându-se următoarea modalitate: în fiecare sfârşit de săptămână impar din lună, de vineri de la ora 18:00 până duminica la ora 18:00, cu posibilitatea luării minorului la domiciliul tatălui şi cu obligaţia de a-l readuce la domiciliul mamei la finalul programului de vizitare; o săptămână în timpul vacanţei de iarnă şi o săptămână în timpul vacanţei de primăvară, cu respectarea programului de vizită aferent sărbătorilor de Crăciun şi de Paşti şi zilelor de 31 decembrie şi 01 ianuarie.[12]

Dintre modalităţile de a avea legături personale cu minorul, vizitarea copilului la domiciliul acestuia se dispune mai rar, doar în cauzele în care minorul este bolnav şi nu se poate deplasa, este dependent de mamă datorită vârstei fragede (de exemplu, mama îl alăptează) sau instanţa apreciază că minorul trebuie să se acomodeze treptat cu prezenţa părintelui nerezident. În cazul copiilor aflaţi la o vârstă relativ fragedă, consolidarea relaţiei dintre părinte şi copilul minor se realizează prin contactul direct şi regulat al acestora.

Un alt context care merită a fi menţionat este acela în care între cei doi părinţi există o stare conflictuală care se răsfrânge şi asupra modului de exercitare a drepturilor părinteşti, inclusiv în ceea ce priveşte vizitarea minorului şi păstrarea între părinte şi minor a unor legături specifice vieţii de familie. În asemenea situaţii, de regulă, minorul se teme de părintele nerezident şi refuză să

[11] A se vedea, pentru detalii, A. R. Motica, O. Buzincu, *Reflexia interesului superior al minorului în acordul parental*, în Revista de Dreptul Familiei. Supliment/2020, p. 171 şi urm.

[12] Trib. Constanţa, secţia I civ., dec. civ. nr. 1730/2018, disponibilă [Online] la adresa www.sintact.ro, accesată la data de 27.11.2021.

petreacă timp cu acesta. Rolul instanţelor este de a aprecia dacă atitudinea de respingere a minorului se datorează comportamentului unilateral al părintelui sau s-a instalat ca urmare a certurilor şi neînţelegerilor frecvente care au loc între cei doi părinţi. Opţiunea copiilor de a avea sau nu legături personale cu părintele căruia nu i-au fost încredinţaţi, deşi nu poate avea un rol preponderent, în adoptarea soluţiei, nu poate fi nesocotită, atunci când aceştia se află la vârsta la care pot aprecia corect interesul lor, ci trebuie analizată şi avută în vedere în raport şi de celelalte probe administrate.

Astfel, într-o cauză, instanţa a procedat la "analiza manifestării de voinţa a minorelor în ceea ce priveşte păstrarea legăturilor personale cu reclamantul, respectiv dacă acest refuz este întemeiat pe elemente faptice reale sau este indus ca urmare a influenţei exercitate de mediul familial şi social în care cresc şi se dezvoltă, cu atât mai mult cu cât minorele au o vârstă – 8 şi, respectiv, 12 ani – în raport de care nu se poate prezuma că au suficientă maturitate pentru a putea discerne, în mod liber şi conştient, potrivit propriului lor interes." Având în vedere că în cauză, din evaluările psihologice ale celor doi copii, nu a fost relevat un comportament violent al tatălui faţă de minore şi nici faptul că reclamantul, prin acţiunile sale, periclitează, într-un mod real şi foarte serios, dezvoltarea fizică, mentală, spirituală, morală sau socială a copiilor, singurele situaţii în care s-ar fi putut reţine incidenţa unei situaţii excepţionale care să justifice limitarea dreptului tatălui de a vizita copiii doar în prezenţa mamei sau a bunicilor materni, în mod corect au apreciat instanţele de fond că "se impune ca stabilirea programului de vizitare a celor două minore să preîntâmpine, pe de o parte, expunerea pe viitor a celor doi copii la situaţii de natură să influenţeze negativ dezvoltarea lor psihică, iar pe de altă parte, refacerea graduală a legăturilor afective dintre cei doi copii şi tatăl lor, fiind evident că, în atare situaţie, vizitarea copiilor de către tată doar la domiciliul şi în prezenţa mamei ar împiedica menţinerea unor legături fireşti, normale, între aceştia şi ar echivala, în contextul dat, cu îndeplinirea unei simple formalităţi, deoarece, în cadrul unor astfel de întâlniri, dată fiind starea conflictuală între cei doi părinţi şi între pârât şi bunicii materni, în locuinţa cărora locuiesc minorele, nu se poate concepe stabilirea unei legături psihice care să poată sta la baza comunicării libere dintre părinte şi copil a informaţiilor, stărilor, sentimentelor, în scopul menţinerii pe cât posibil a unor raporturi specifice mediului familial."[13] Speţa rezumată porneşte de la o situaţie premisă foarte des întâlnită în practică şi anume existenţa unei stări conflictuale între părinţii divorţaţi. În astfel de cazuri, stabilirea unui program personalizat de vizitare a copiilor de către instanţă are ca scop refacerea graduală a legăturilor

[13] C. A. Bucureşti, Secţia a III-a civilă şi pentru cauze cu minori şi de familie, decizia nr. 110 din 28 ianuarie 2010 trimisă, în rezumat, cu comentariu, de D. Anghel, în Revista Română de Jurisprudenţă nr. 5-6/2010, disponibilă [Online] la adresa www.sintact.ro, accesată la data de 27.11.2021.

afective între minori şi tată şi menţinerea pe cât posibil a unor raporturi specifice mediului familial.

Într-o situație similară, o altă instanță a apreciat că "stabilirea unui program de vizitare etapizat ar fi în măsură să asigure interesul superior al acestora, program care să se realizeze inițial pe perioade scurte la domiciliul reclamantei, astfel încât să existe o manieră facilă de familiarizare a minorilor cu domiciliul acesteia, urmând ca după o perioadă inițială de familiarizare să se stabilească modalitatea de a avea legături personale cu minorii care să fie de natură a-i permite copiilor să își exercite dreptul de a avea legături nestânjenite şi armonioase cu ambii părinți".[14]

În cazul unui divorț, părinții şi copiii deopotrivă sunt puși să facă față unei situații noi – aceea în care, cu toate că nu mai locuiesc împreună ca familie, au nevoie să mențină legăturile dintre ei. Dincolo de argumentele de ordin juridic, dorința şi aşteptarea fiecărui părinte de a petrece cât mai mult timp cu copilul său astfel încât legăturile dintre aceştia să fie semnificative, este absolut legitimă. Succesul unui program de vizitare depinde în primul rând de flexibilitatea şi înțelepciunea părinților, de disponibilitatea lor de a avea o comunicare autentică spre binele copilului lor.

Găzduirea minorului de către părintele nerezident reprezintă modalitatea care răspunde cel mai bine atât nevoilor copilului, cât şi ale părintelui nerezident. Rămânerea peste noapte la domiciliul părintelui - în timpul săptămânii şi al weekend-urilor, petrecerea zilelor de naştere separat, cu fiecare părinte sau împreună (de ziua minorului) precum şi petrecerea unei părți din vacanțe şi sărbători legale sunt modalitățile cele mai benefice prin care se poate realiza programul de relații personale.

În ultima perioadă, instanțele judecătorești s-au confruntat cu un număr semnificativ de cazuri în care mulți dintre părinți consideră că soluția ideală este partajarea timpului fizic al copilului în părți egale între cei doi părinți. Deşi în legislația noastră acest tip de aranjament, numit de doctrină locuință alternantă nu este reglementată în mod expres, acesta se poate implementa în baza unui acord parental.[15]

---

[14] Jud. Carei, sent. civ. nr. 226/2019, disponibilă [Online] la adresa www.sintact.ro, accesată la data de 27.11.2021.

[15] În literatura noastră juridică există dezbateri ample pe marginea acestui subiect, unii autori combătând vehement această soluție, alții considerând-o viabilă. Pentru mai multe detalii, a se vedea, M. Avram, C.I. Mocanu, „*De la Ana la Caiafa: interogații şi soluții privind locuința alternantă a minorului*", Revista de Dreptul Familiei nr. 1-2/2019, p. 51; I.I. Neamț, „*Locuința alternantă. Sau când «interesele superioare ale părinților» sunt mascate sub forma interesului superior al copilului. O analiză critică*", în Revista de Dreptul Familiei nr. 1/2021, pp. 325-373; I.I. Neamț, L.C. Neamț, „*Stabilirea locuinței minorului în cazul în care părinții nu conviețuiesc. O analiză juridico-psihologică*", în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 320; L. Irinescu, „*Birdnesting – o nouă*

Putem observa că rolului tatălui în creșterea și educarea copilului a crescut; dacă în trecut, la divorț, minorul era încredințat mamei în marea majoritate a cauzelor, ulterior, după intrarea în vigoarea a Codului civil, tatăl devenind părintele nerezident, astăzi, marea majoritate a taților solicită instanțelor de judecată recunoașterea unui program extins de relații personale cu minorul, prin găzduirea acestuia pe perioade mai lungi de timp, uneori, chiar în aceeași măsură cu mama. În plus, diversitatea și accesibilitatea metodelor de comunicare în timp real prin intermediul rețelelor Skype, WhatsApp, Messenger, care permit apeluri de tip video, au început să fie folosite de către *părinți* pentru a păstra legătura cu *copiii* lor atunci când nu se află lângă ei.

În perioada restricțiilor dictate de răspândirea coronavirusului Sars-CoV-2, atât părinții, cât și instanțele au recurs la astfel de soluții care s-au dovedit viabile pentru menținerea și derularea unui program de relații personale. Spre exemplu, în ceea ce privește derularea programului de vizită pe perioada pandemiei, o instanță a stabilit că „pe durata stării de urgență decretate pe teritoriul României, până la momentul ridicării interdicției de circulație a cetățenilor în afara propriei locuințe, acesta să nu se mai realizeze prin contactul fizic, prin luarea minorei de la locuința mamei, ci exclusiv online, prin telefon sau calculator, audio sau video, fără a fi stânjenit de vreo intervenție a reclamantei apelante, în fiecare săptămână, în zilele de marți și joi, de la ora 16,00 până la ora 19,00, respectiv în primul și al treilea sfârșit de săptămână din fiecare lună, începând de vineri de la ora 17,00, până duminică la ora 17,00, obligația asigurării accesului minorei la aplicațiile informatice revenind reclamantei apelante”[16].

Libertatea de mișcare, migrarea forței de muncă sunt câteva fenomene contemporane care afectează relațiile de familie, motiv pentru care, din ce în ce

abordare a divorțului și despre cum putem adapta prevederile articolului 400 din Codul civil”, în Revista de Dreptul Familiei nr. 1/2021, p. 187; L. Irinescu, „*O lume minunată cu multe jucării și două locuințe pentru copii*”, în Analele Științifice ale UAIC, Tomul LXVII/2, seria Științe Juridice, nr. 2/2021, disponibilă [Online] la adresa http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2021/vol.2/3.irinescu.pdf, accesată la data de 27.11.2021.

[16] Trib. Bistrița-Năsăud, decizia nr. 113/A/2020, decizie trimisă în rezumat de B. D. Moloman, în Revista de Dreptul Familiei nr. 2/2020, pp. 327-330. Pentru mai multe detalii privind derularea programului de relații personale în perioada pandemiei, a de vedea, B.D. Moloman, „*Pot fi virusate și puse în carantină relațiile de familie? Despre obligații și drepturi familiale în vremuri pandemice*”, în Revista de Dreptul Familiei nr. 2/20202, pp. 187 și urm.; A. Simon, „*Programul de vizitare al copilului în contextul pandemiei de COVID-19*”, disponibil [Online] la adresa https://www.juridice.ro/678823/programul-de-vizitare- al-minorului-in-contextul-pandemiei-de-covid-19.html, accesată la data de 27.11.2021; P.A. Lupu, A. Stoica, „*Problematica restrângerii dreptului de păstrare a legăturilor personale cu minorul în contextul Covid-19*”, disponibil [Online] la adresa https:// www.universuljuridic.ro/problematica-restrangerii-dreptului-de-pastrare-a-legaturilor-personale-cu-minorul-in-contextul-covid-19/, accesată la data de 27.11.2021.

mai des, tot mai multe instanțe încurajează diverse forme de comunicare la distanță între copil și părintele său[17]. Astfel, într-o speță, reclamanta, care lucrează cu contract de muncă în Belgia, țară puternic afectată de pandemia cu Covid 19, nu a reuşit să respecte programul de vizitare stabilit de instanţa de judecată, fiind în imposibilitatea de a ajunge în România, a solicitat instanţei „extinderea programului de vizitare şi comunicare cu copilul său, cu următoarele reguli: să i se permită a avea contact telefonic cu minora, în fiecare zi, de luni până vineri, câte cel puțin o oră pe zi (sau atât cât minora va dori), în intervalul orar 16,00 – 20,30, în timpul anului şcolar; să i se permită să poată avea contact telefonic cu minora, în fiecare zi de sâmbătă şi duminică, câte cel Putin o oră pe zi, în intervalul orar 10,00-20,00, în timpul anului şcolar; în timpul vacanțelor şcolare să poată avea contact telefonic cu minora o oră pe zi în intervalul orar 10,00 -20,00; să i se permită să poată avea convorbiri video (pe WhatsApp, messenger, zoom sau orice altă platformă care permite ambele persoane să se vadă şi să se audă în timp real) de 4 ori pe săptămână, într-un interval orar care să nu îi afecteze programul minorei, dar care să nu fie mai mic de 60 minute în fiecare dintre cele 4 zile ale săptămânii în care este încuviinţat acest raport comunicativ cu minora şi să fie informată lunar despre situația şcolară şi medicală a minorei", instanța apreciind această modalitate ca fiind benefică consolidării unei relații normale ce trebuie să existe între mamă şi fiică[18].

Într-o altă speță, modalitatea concretă a programului de vizită a fost sintetizată în raport de factorii incidenți – aspectele temporale, locație (mama are reşedința în Italia) şi deplasările implicite şi a vizat următoarele repere: „preluarea minorului de la domiciliul pârâtului, deplasarea minorului la domiciliul/reşedința reclamantei în Italia şi retur, pentru a facilita perpetuarea şi consolidarea relației dintre minor şi mama sa şi datorită vârstei adolescentine a minorului: în perioada vacanței şcolare de vară, o lună de zile (4 săptămâni) fie în luna iulie, în intervalul temporal 1-31 iulie, fie în luna august, în intervalul temporal 1-31 august, în aceeaşi modalitate; în perioada vacanței şcolare de iarnă, o săptămână în intervalul temporal aferent acestei vacanțe din decembrie/ianuarie, în aceeaşi modalitate; permisivitatea în fiecare zi a contactului telefonic (mobil) şi internet, pe rețelele de socializare (mess, WhatsApp, Zoom ş.a.) dintre reclamantă şi fiul minor, prin contactare la ore rezonabile (în intervalul cuprins între orele 17.00 – 21.00) şi cu respectarea de către pârât a acestei modalități de comunicare"[19].

[17] În acelaşi sens, D. F. Barbur, *„Evoluția relațiilor personale dintre copil şi părintele separat în practica judecătorească*", în Pandectele Române nr. 1/2021, p. 71.

[18] Jud. Caracal, sent. civ. nr. 536/2021, disponibilă [Online] la adresa www.sintact.ro, accesată la data de 27.11.2021.

[19] Jud. Aiud, sent. civ. nr. 71/2021, disponibilă [Online] la adresa www.sintact.ro, accesată la data de 27.11.2021.

2.2. Modificarea programului de vizită

Hotărârile judecătoreşti prin care se stabileşte programul de vizită au în vedere situaţia de fapt de la un anumit moment dat şi se bucură de autoritate de lucru judecat relativă. Prin urmare, ori de câte ori se schimbă împrejurările care au condus la stabilirea unui anumit program de vizită, oricare dintre părinţi poate solicita instanţei de tutelă modificarea acestuia, în funcţie de interesul superior al copilului dictat de vârsta acestuia, de nevoile emoţionale etc.

Potrivit art. 403 C. civ., în cazul schimbării împrejurărilor, instanţa de tutelă poate modifica măsurile cu privire la drepturile şi îndatoririle părinţilor divorţaţi faţă de copiii lor minori, la cererea oricăruia dintre părinţi sau a unui alt membru de familie, a copilului, a instituţiei de ocrotire, a instituţiei publice specializate pentru protecţia copilului sau a procurorului.

Lărgirea sau restrângerea intervalului orar în care se exercită efectiv legăturile personale cu copilul de către părintele care nu locuieşte efectiv cu acesta presupune o analiză comparată cu actualul program impus prin hotărârea pronunţată anterior în aşa manieră încât pornind de la principiul interesului superior al copilului, personalitatea acestuia să nu fie afectată.

Într-o speţă în care s-a solicitat redimensionarea programului de legături personale cu copilul, instanţa a constatat că programul de vizitare a copilului de către tată include două weekenduri pe lună (de sâmbătă până duminică), jumătate din vacanţa de vară (2 săpt. in iulie, 2 săpt. în august), sărbătorile de iarnă şi de Paşte, alternativ, precum şi vizitarea minorei de către reclamant ori de câte ori programul acestuia şi al fiicei sale permite, dar că acest program nu a decurs satisfăcător cel mai probabil ca urmare a relaţiei defectuoase dintre părinţi. Prin urmare, instanţa a stabilit un alt program de legături personale între tată şi fiica sa: „în primul weekend din lună – de vineri – ora 16.00, până luni – ora 08.00, cu luarea copilului de la instituţia de învăţământ/ domiciliul mamei de către tată şi conducerea copilului de către acesta la instituţia de învăţământ, cu excepţia lunilor august şi iulie; în al treilea weekend din lună – de joi – ora 16.00, până luni – ora 08.00, cu luarea copilului de la instituţia de învăţământ/ domiciliul mamei de către tată şi conducerea copilului de către acesta la instituţia de învăţământ, cu excepţia lunilor august şi iulie; în fiecare săptămână, marţi – între orele 16.00 – 20.00, cu obligaţia tatălui de a prelua copilul şi de a-l duce la domiciliul mamei, cu excepţia lunilor august şi iulie; primele două săptămâni din luna iulie, cu obligaţia tatălui de a prelua şi de a conduce înapoi copilul la domiciliul mamei; primele două săptămâni din luna august, cu obligaţia tatălui de a prelua şi de a conduce înapoi copilul la domiciliul mamei; perioada Crăciunului în anii pari: 23.12 (ora 10.00) – 27.12 (ora 18.00), cu obligaţia tatălui de a prelua copilul de la mamă şi cu obligaţia mamei de a prelua copilul de la tată; perioada Revelionului în anii impari: 28.12 (ora 10.00) – 03.01 (ora 18.00), cu obligaţia tatălui de a prelua copilul de la mamă şi cu obligaţia mamei de a prelua copilul de la tată; o săptămână în timpul vacanţei de Paşte (cu includerea

sărbătorii de Paște)– în anii pari - cu obligația tatălui de a prelua şi de a conduce înapoi copilul la domiciliul mamei; ziua de naştere a copilului – în anii impari (după caz: după programul de învățământ – până la ora 21.00, iar în cazul în care ziua de naştere cade în weekendul în care tatăl nu are program de vizită– de la ora 10.00 – ora 21.00), cu obligația tatălui de a prelua şi de a conduce înapoi copilul la domiciliul mamei."[20]

Concluzii

Dreptul de a avea legături personale cu părintele este un drept fundamental al fiecărui copil şi nu un privilegiu pentru tată sau mamă. Fiecare părinte are obligația de a pune pe primul plan interesul superior al minorului, atunci când îşi exercita drepturile, respectiv obligațiile decurgând din acesta. Fiecare copil este unic, așa cum fiecare familie este unică, prin urmare, indiferent de modalitatea în care părinții sau instanțele aleg să stabilească exercitarea dreptului părintelui nerezident de a avea legături personale cu copilul, este evident că cea mai bună soluție este cea care le permite, părintelui şi copilului, să păstreze o legătură cât mai strânsă și să aibă contacte cât mai dese. Cel mai probabil, în viitorul apropiat, în practica instanțelor se vor contura noi modalități de derulare a programelor de relații personale.

Referințe

Avram M., Mocanu C.-I., „De la Ana la Caiafa: interogații și soluții privind locuința alternantă a minorului", în Revista de Dreptul Familiei, nr. 1-2/2019

Barbur D. F., „Evoluția relațiilor personale dintre copil și părintele separat în practica judecătorească", în Pandectele Române nr. 1/2021

Crăciunescu C. M., "Interesul superior al copilului în exercitarea autorității părinteşti exclusiv de către unul dintre părinți", în M. Avram (coord.), *Autoritatea părintească. Între măreție și decădere*, Editura Solomon, București, 2018

Filote-Iovu I.A., „Dreptul copilului de a avea legături personale cu părinții sau cu alte persoane, în lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor omului și a celei naționale", în Revista de Dreptul Familiei nr. 2/2020

Irinescu L, „Birdnesting – o nouă abordare a divorțului și despre cum putem adapta prevederile articolului 400 din Codul civil", în Revista de Dreptul Familiei nr. 1/2021

Irinescu L., „O lume minunată cu multe jucării și două locuințe pentru copii", în Analele Științifice ale UAIC, Tomul LXVII/2, seria Științe Juridice, nr. 2/2021, http://doi.org/10.47743/jss-2021-67-2-3

Lupu P.A., Stoica A., „Problematica restrângerii dreptului de păstrare a legăturilor personale cu minorul în contextul Covid-19", [Online]

[20] Jud. București, sector 2, încheierea nr. 11928/2014, disponibilă [Online] la adresa www.sintact.ro, accesată la data de 27.11.2021.

Moloman B.D.„Pot fi virusate și puse în carantină relațiile de familie? Despre obligații și drepturi familiale în vremuri pandemice", în Revista de Dreptul Familiei nr. 2/2020

Motica A. R., Buzincu, O, „Reflexia interesului superior al minorului în acordul parental", în Revista de Dreptul Familiei. Supliment/2020

Neamț I. I., "Locuința alternantă. Sau când interesele superioare ale părinților sunt mascate sub forma interesului superior al copilului. O analiză critică," în Revista de Dreptul Familiei, nr. 2/2020

Neamț I. I., Neamț L.C., "Stabilirea locuinței minorului în cazul în care părinții nu conviețuiesc. O analiză juridico-psihologică," în Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2018

Simon A, „Programul de vizitare al copilului în contextul pandemiei de COVID-19", [Online]

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-4

Principiul legalității operelor autorului

The principle of Legality of the Author's Works

NICOLETA RODICA DOMINTE[1]

Rezumat: În cuprinsul articolului vom încerca să cartografiem faptul că originalitatea operei reprezintă elementul cheie al legalității creațiilor artistice prin invocarea unor repere atât beletristice, cât și jurisprudențiale. Într-o interpretare metaforică, speța literară Mr. K versus Cornichonn evidențiază fabulistic amplitudinea și forța originalității autentice a unei creații literare, conferindu-i valoare de simbol judiciar. Într-un alt cadru, jurisprudența conturează paradigma analizei originalității ca un criteriu esențial în dobândirea protecției prin dreptul de autor.

Cuvinte-cheie: originalitate, legalitate, operă, autor

Abstract: In the content of this article we will try to map the fact that originality represents the key element of the legality of artistic creations by invoking both fictional and jurisprudential landmarks. In a metaphorical interpretation, the literary case Mr. K versus Cornichonn highlights, in a fabulistic manner, the amplitude and strength of the authentic originality of a literary creation, providing the value of a judicial symbol. In another context, the jurisprudence outlines the paradigm of the analysis of originality as an essential criterion in acquiring copyright protection.

Keywords: originality, lawfulness, work, author

1. Rădăcini romantice

Geniu sau *exprimare personală* erau vocabulele folosite în secolul al XVIII-lea pentru a denota amprenta personalității unui autor în contextul operei pe care a elaborat-o. Noțiunea de originalitate, ca formă organică și expresie a personalității autorului, a fost cristalizată în perioada curentului romantic, adăugând astfel conotație juridică unui substantiv cu un sens complex[2].

În viziunea romanticilor, geniul era o entitate independentă în universul spiritual, fiind în direct contact cu natura potrivit cuvintelor poetului britanic

[1] Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, email: nicoleta.dominte@uaic.ro

[2] Pentru detalii, C. Burrow, *Imitating authors. Plato to Futurity*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 337.

Edward Young: „*An Original may be said to be of a vegetable nature; it rises spontaneously from the vital roots of genius; it grows, it is not made.*"[3] În ecuația vegetală, originalul este antonimul copiei, iar creativitatea geniului o "*forță insubordonată, ieșită din comun*"[4] de esență divină. În cazul *Tonson v Walker* (1752), din jurisprudența Regatului Unit al Marii Britanii, s-a reliefat că poetul John Milton avea dreptul și proprietatea fructelor geniului său[5]. Reiese astfel că „*problema geniului devine o articulație esențială*"[6] a originalității, reprezentând în opinia filosofului german Immanuel Kant "*talentul de a produce fără vreo regulă determinată*"[7], fără cultivare prin studiu și exercițiu. Prin încadrarea geniului în cadrul social al operelor literare și artistice, această noțiune a reușit să dobândească valențe juridice în timp.

Filosofului german, Johann Gottlieb Fichte, îi datorăm conturarea conceptului de formă[8] a operei originale, ca element ce poate dobândi protecție juridică. Acesta a disjuns între conținutul și forma operei în anul 1793, în eseul intitulat "*Proof of the Illegality of Reprinting: A Rationale and A Parable*". În viziunea sa, conținutul operei este alcătuit din ideile prezentate, care nu pot constitui obiectul unei protecții juridice, iar forma constă în combinația cuvintelor și frazelor prin care sunt exprimate ideile, care rămân în proprietatea autorului, deoarece Fitche considera: "*each writer must give his thoughts a certain form, and he can give them no other form than his own because he has no other. But neither can he be willing to hand over this form in making his thoughts public, for no one can appropriate his thoughts without thereby altering their form. This latter thus remains forever his exclusive property.*"[9] Se recunoștea astfel autorilor

[3] Citatul este preluat din D.W. Odell, *The Argument of Young's "Conjectures on Original Composition"*, Studies in Philology vol. 78, no. 1/1981, p. 90, https://www.jstor.org/stable/4174066

[4] Al. Săndulescu (coordonator), *Dicționar de termeni literari*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1976, p. 189.

[5] "*[T]hey do not dispute but that John Milton [had] a right and property in the fruits of [his] own genius …"*, pentru detalii, R. Deazley, *On the Origin of the Right to Copy.Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695-1775)*, Editura Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 134.

[6] Al. Săndulescu (coordonator), *op. cit.*, p. 189.

[7] *Ibidem.*

[8] Pentru detalii, M. Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, Representations no. 23 (Summer, 1988), p. 76, https://www.jstor.org/stable/2928566

[9] Citatul este preluat din M. Biagioli, *Genius against Copyright: Revisiting Fitche's Proof of the Illegality of Reprinting*, Notre Dame Law Review, vol. 86, Issue 5/2011, Symposium: Creativity and the Law, p. 1857, https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss5/3/

calitatea de "*creatori de expresie*"[10], care comunică propriile gânduri într-un stil "*proaspăt, plin de energie și inconfundabil*"[11], deoarece "*unicitatea ființei certifică conceperea unei creații intelectuale noi*"[12]. În viziunea sa, dreptul de autor era inalienabil, iar operele derivate puteau fi calificate ca opere originale. Aceste aspecte se recompun parțial în cadrul normativ actual, iar sintagma *personal expression* folosită de filosoful Fitche a umanizat noțiunea *geniului* în contextul încadrării ei juridice[13].

În anul 1840, scriitorul britanic Thomas Carlyle a individualizat, cu ocazia citirii poemului "*The Hero as Men of Letter*", autorul creativ prin cuvinte cheie precum originalitate, sinceritate sau geniu.[14] Pentru Thomas Carlyle, cuvântul concept *originalitate* a fost vocabula, care în individualitatea ei descria efortul propriu al autorului, astfel încât a susținut transpunerea noțiunii în textul legii dreptului de autor[15]. Mai mult, istoricul Thomas William Heyck apreciază că abandonul ideii de *geniu* creionată de romantici în favoarea vocabulei concept *originalitate* a conferit valoare comercială operelor scriitorilor din epoca victoriană.[16]

Pe tărâm francez, marele jurist Henri Desbois este cel care a încadrat concepția romanticilor în originalitatea subiectivă reglementată în contextul legislației actuale. În jurisprudența franceză, Curtea de Apel din Lyon a statuat, în 1932, că legea protejează opera numai dacă este creația originală și personală a autorului.[17]

[10] H. Murakami, *Meseria de romancier*, traducere Andreea Sion, Editura Polirom, Iași, 2016, p. 82.

[11] *Idem*, p. 96.

[12] A. Speriusi-Vlad, *Protejarea creațiilor intelectuale.Mecanisme de drept privat*, Editura C.H.Beck, București, 2015, p. 208.

[13] Pentru detalii, M. Biagioli, *op. cit.*, pp. 1863-1867.

[14] A se vedea, C.Haynes, *Reassessing 'Genius' in Studies of Authorship: The State of the Discipline*, în *Book History*, vol. 8, Editura Johns Hopkins University Press, 2005, p. 287, http://www.jstor.org/stable/30227379.

[15] Pentru detalii, C. Pettitt, *Patent Inventions – Intellectual Property and the Victorian Novel*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 7.

[16] *Idem*, p. 12.

[17] Pentru detalii, M. Vivant, J.M. Bruguière, *Droit d´auteur*, Editura Dalloz, Paris, 2009, pp.161-162.

2. Un cuvânt simbol într-un concept adjectival sau substantival?

Originalité, originality, originale, original, originalitate – „*un cuvânt foarte izbutit, care trebuie să-şi conţină ideea chiar în forma lui*"[18] imuabilă, devenind un simbol concentrat al cărui universalism juridic este recunoscut în contextul prevederilor internaţionale şi naţionale din domeniul dreptului de autor, legitimând recunoaşterea protecţiei asupra unei opere. Reiese astfel că originalitatea este *o noţiune cadru*[19], care înrămează actul de creaţie al unei persoane fizice în paradigma dreptului de autor.

În limbaj jurisprudenţial, originalitatea se referă la "*forma de exprimare intrinsecă a operei (cuvinte, figuri de stil etc.) din care trebuie să reiasă activitatea de creaţie intelectuală a autorului, "însuşirile spirituale ale autorului, talentul acestuia, personalitatea sa", aşa cum se reţine în doctrină.*"[20] În acest construct, observăm că originalitatea se doreşte a fi o vocabulă simbol ce întruchipează alteritatea autorului în cadrul operei, devenind un criteriu legal esenţial pentru acordarea protecţiei juridice, potrivit prevederilor art. 7 al Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor şi drepturile conexe. Astfel, "*pentru a identifica originalitatea unei creaţii se caută amprenta personalităţii autorului*"[21], în paradigma conceptului *expresiei personale* conturată de filosoful german Johann Gottlieb Fichte.

Cuvântul simbol *originalitate* este inserat sau subînţeles în textul directivelor europene din domeniul dreptului de autor, precum în art. 6 al Directivei 2006/116 privind durata de protecţie a drepturilor de autor şi a anumitor drepturi conexe, art. 1, alin. 3 al Directivei 2009/24 privind protecţia juridică a programelor pentru calculator şi în art. 3, alin. 3 al Directivei 96/9 privind protecţia juridică a bazelor de date. În absenţa unei definiţii legale, jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii Europene a explicat noţiunea de originalitate prin variate expresii, precum: "*author's own intellectual creation*"[22], "*free and creative choices*"[23],

[18] J.C. Carrière, *Cercul mincinoşilor. Cele mai frumoase poveşti filozofice din lumea întreagă*, traducere Brîndușa Prelipceanu și Emanoil Marcu, Editura Humanitas, Bucureşti, 2021, p. 133.

[19] M. Vivant, J.M. Bruguière, *op. cit.*, p. 161.

[20] Î.C.C.J., Secţia I civilă, decizia nr. 438 din 18 februarie 2020, www.iccj.ro

[21] A. Circa, *Articularea drepturilor de proprietate intelectuală*, în A.Almăşan, I.Vârsta, C.E. Zamşa (coordonatori), *In Honorem Flavius Antoniu Baias. Aparenţa în drept*, tomul III, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2021, p.114.

[22] Cauza C-5/08, Infopaq International A/S împotriva Danske Dagblades Forening, Hotărârea Curţii (Camera a patra), 16 iulie 2009, www.curia.europa.eu

[23] Cauza C-145/10, Eva-Maria Painer împotriva Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, Hotărârea Curţii (Camera a treia), 1 decembrie 2011, www.curia.europa.eu

"*personal touch' of its author*"[24]. Mai mult, în încercarea de armonizare, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a elaborat un test[25] prin aplicarea căruia se poate individualiza un arhetip al operei originale în două etape: 1.prin natura obiectului ce îngăduie o manifestare liberă a actului de creație intelectuală și 2. prin marca personalității autorului. Interpretarea europeană unitară a noțiunii de originalitate a început să fie aplicată și pe teritoriul Regatului Unit al Marii Britanii odată cu soluționarea speței *Football Dataco* în cadrul căreia instanța de judecată a considerat că originalitatea trebuie apreciată pe baza activității de creație intelectuală și nu a efortului depus la crearea operei[26].

Legătura ontologică dintre autor și operă se manifestă în perimetrul analizei judiciare prin cercetarea existenței unei activități creative, premergătoare momentului creării operei, și aprecierea libertății de creație a autorului la momentul conceperii acesteia[27]. *A fortiori*, cele două aspecte invocate în jurisprudența europeană se încadrează în definiția kantiană a geniului: "*talentul de a produce fără vreo regulă determinată*". Esențialitatea libertății de creație se oglindește în faptul că autorul nu creează o operă pornind de la o idee unică, inexistentă anterior, deoarece „*toți gânditorii lumii au gândit prin ricoșeu [...] Până la urmă, e vorba de câteva, aceleași idei, altfel puse în scenă, altfel formulate [...]*"[28].

Revenind la jurisprudența recentă[29] a Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a statuat că un obiect poate să fie calificat drept operă dacă este „*original, în sensul că el constituie o creație intelectuală proprie a autorului*"[30], și dacă există o expresie a obiectului protecției „*care îl face identificabil în mod suficient de precis și obiectiv, chiar dacă această expresie nu ar fi permanentă*"[31]. Se distinge, astfel, între originalitate și expresia operei creionând un sistem al dreptului de autor

[24] Cauza C-145/10, Eva-Maria Painer împotriva Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, Hotărârea Curții (Camera a treia), 1 decembrie 2011, www.curia.europa.eu

[25] Pentru detalii, J. Pilla & P. Torremans, *European Intellectual Property Law*, 2nd Edition, Editura Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 252-253.

[26] Pentru detalii, J. Pilla, *The Subject Matter of Intellectual Property*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 172-173.

[27] A se vedea, A. Circa, *op. cit.*, pp. 114-115; A. Shtefan, *Creativity and artificial intelligence: a view from the perspective of copyright*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 16, nr. 7/2021, p. 725.

[28] G. Liiceanu, *Caiet de ricoșat gânduri sau despre misterioasa circulație a ideilor de-a lungul timpului*, Editura Humanitas, București, 2019, p. 16.

[29] Cauza C-310/17, Levola Hengelo BV împotriva Smile Foods BV, Hotărârea Curții (Marea Cameră), 13 noiembrie 2018, www.curia.europa.eu

[30] *Idem*, paragraf 36.

[31] *Idem*, paragraf 40.

fundamentat pe două concepte[32]. Totuși, jurisprudența Curții statuează în sfera dreptului de autor primatul originalității, noțiune definită covârșitor prin cuvintele: *author's own intellectual creation*. Definirea expresiei, ca element cheie al conceptului de operă, a compărut în hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în urma analizei unui obiect ce nu se încadrează în categoria operelor tradiționale, și anume gustul unui produs alimentar. *A fortiori*, în literatura juridică pentru categoriile de opere tradiționale percepute prin văz și auz s-a constatat de-a lungul timpului aplicarea unui concept unic, în cadrul căruia cuvântul operă fuzionează cu noțiunea originalitate, în timp ce pentru încercarea de aculturare a unor obiecte percepute prin miros sau gust se evidențiază o dihotomie în interpretarea jurisprudențială a conceptului unic.

Pe de altă parte, avocatul general Melchior Wathelet subliniază în concluziile sale că originalitatea nu reprezintă singura cerință pentru recunoașterea protecției dreptului de autor apreciind că în interpretarea dispozițiilor art. 2 lit. a) din Directiva 2001/29 este esențială disocierea celor două noțiuni: operă și originalitate.[33] Opiniile avocatului general au fost transpuse în hotărârea Curții care a statuat că un obiect poate să fie calificat drept operă cu îndeplinirea cumulativă a două condiții[34], și anume, originalitatea[35] și forma de expresie a obiectului[36]. Deși Curtea conferă o poziție primară originalității operei, observăm că distinge între două concepte fundamentale ale dreptului de autor: operă și originalitate.

În dreptul român, conform art. 7 din Legea nr. 8/1996 „*Constituie obiect al dreptului de autor operele originale de creație intelectuală*". Într-o analiză gramaticală reiese că prevederile art. 7 stipulează două cerințe ale obiectelor dreptului de autor prin două substantive distincte: 1.„*operă,-e*" – substantiv feminin cu semnificația de „*lucrare*"[37] și 2.„*original,-e*" - substantiv neutru cu semnificația

[32] Pentru o analiză detaliată despre cele două concepte pornind de la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, E.Laskowska-Litak, *Between Scylla and Charybdis: a comparative look at copyright´s protected subject matter at the (CJ)EU harmonization*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 14, nr. 10/2019, pp. 768-770.

[33] Concluziile Avocatului General Melchior Wathelet prezentate la 25 iulie 2018 în cauza C-310/17, Levola Hengelo BV împotriva Smilde Foods BV, paragrafele 44-47, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62017CC0310, www.curia.europa.eu

[34] Cauza C-310/17, Levola Hengelo BV împotriva Smile Foods BV, paragraf 35.

[35] "*Pe de o parte, trebuie ca obiectul vizat să fie original, în sensul că el constituie o creație intelectuală proprie autorului său*", Cauza C-310/17, Levola Hengelo BV împotriva Smile Foods BV, paragraf 36.

[36] "*Pe de altă parte, calificarea drept „operă" în sensul Directivei 2001/29 este limitată la elementele care sunt expresia unei astfel de creații intelectuale* ",Cauza C-310/17, Levola Hengelo BV împotriva Smile Foods BV, paragraf 37.

[37] A se vedea, E. Dima (coordonator științific), *Dicționar explicativ ilustrat al limbii române*, Editura Arc Gunivas, Chișinău, 2007, p. 1322.

„*operă de artă autentică*”[38]. Prepoziția „*de*”, subsecventă substantivului neutru introduce atributul care exprimă faptul că natura originalității este „*de creație intelectuală*”. Pe de altă parte, termenul *original* din textul art. 7 poate să fie calificat ca adjectiv[39] al substantivului *operă*, caz în care se relevă faptul că însușirea primară a operelor ce formează obiectul dreptului de autor este originalitatea descrisă prin cuvintele „*creație intelectuală*” în siajul prepoziției „*de*”. Observăm astfel cum analiza gramaticală ne conferă posibilitatea de a aprecia că în perspectiva tradițională a existenței unui concept unic termenul original este calificat ca adjectiv, în timp ce din perspectiva recentă a jurisprudenței Uniunii Europene termenul original începe să fie calificat ca substantiv. Numitorul comun constă în descrierea corolară a noțiunii prin prisma explicațiile anterioare: „*creație intelectuală proprie a autorului*”[40].

3. O perspectivă fabulistică

În speța literară Mr. K contra Cornichonn a scriitorului Mircea Cărtărescu[41], măciuca judecătorului este încrustată cu versete. Un obiect de luptă mioritic, măciuca devine în speță un simbol al împărțirii dreptății prin forța legii, în timp ce zurbele sculptate pot fi asimilate normei juridice în paradigma cuvintelor poetul englez Shelley, care scria într-un eseu publicat postum în anul 1840: “*Poets are the unacknowledged legislators of the world*”[42]. Prin procedeul stilistic denumit litotă, Mircea Cărtărescu relevă frumusețea și însemnătatea originalității operei, ce reprezintă forța legalității acesteia. Judecătorul nu este conștient de valoarea unică a versurilor sculptate, în timp ce părțile procesului elogiază cu emoție în glas “*cea mai frumoasă zurbă a tuturor timpurilor*”[43].

Speța Mr. K contra Cornichonn este concepută ca un caz de plagiat, în care plagiatorul este Cornichonn, descris prin calificări precum: „*Sublim poet al Curții Cerești*”[44], „*Poetul Nepereche al Împerecherilor Perfecte*”[45], „*Geniul Titatic al Hiperboreei*”[46], etc. Mr. K este slujitorul maestrului Cornichonn și adevăratul autor al versurilor, ce formează obiectul procesului pe rol. În antiteza dialogului, Mr. K devoalează săvârșirea furtului intelectual, în timp ce Cornichonn

[38] *Idem*, p. 1334.

[39] *Ibidem.*

[40] Cauza C-310/17, Levola Hengelo BV împotriva Smile Foods BV, paragraf 36.

[41] M. Cărtărescu, *Povestea Maestrului Cornichonn, cîinele de zmeu*, în *Enciclopedia Zmeilor*, Editura Humanitas, București, 2017, pp. 156 – 164.

[42] P.B. Shelley, *A defence of Poetry and Other Essays*, http://biblioteca.org.ar/libros/167749.pdf

[43] M. Cărtărescu, *op. cit.*, p. 164.

[44] M. Cărtărescu, *Idem.*, p. 160.

[45] *Ibidem.*

[46] *Ibidem.*

diminuează prin ridiculizare relevanța acuzației, afirmând că „*Dumnealui e o literă. Dumnealui e litera K de la kilogram.*"[47] Originalitatea unei creații nu este o unitate de măsură, ci un criteriu de apreciere calitativă a legalității unei opere, deși uneori instanțele folosesc adjective ce pot descrie semantic cantitatea în limbaj uzual. De exemplu, în jurisprudența Curții Supreme a Statelor Unite ale Americii, în cazul *Fiest Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991),* se statuează: *"[a]s a constitutional matter, copyright protects only those constituent elements of a work that possess more than a de minimis quantum of creativity.*"[48] Totuși, adjectivul *minim* din hotărârea menționată nu sugerează o apreciere cantitativă, mai ales că în anul 2003, tot în jurisprudența americană, în cazul *Satava* s-a statuat că protecția dreptului de autor se recunoaște numai dacă elementele ce conferă originalitate unei opere sunt numeroase[49].

În contradicție cu cuvintele maestrului Cornichonn, care solicită vehement judecătorului "*să se facă dreptate mai repede*"[50], speța se finalizează în absența pronunțării unei decizii. Și totuși, momentul solemn în care judecătorul se îmbracă cu simbolurile justiției: „*își puse pe cap coiful hotărârii definitive și apucă de pe birou frumoasa lui măciucă, sculptată cu versete caligrafiate bizar*"[51] este cel în care Mircea Cărtărescu evocă suveranitatea originalității corpului lingvistic inscripționat pe măciuca judecătorului prin cuvintele: „*Uluitor! Maestre, aveți singurul exemplar autentic!*"[52]. Rezultă astfel că sensul legalității operei este originalitatea sau autenticitatea creației, ca amprentă a personalității autorului manifestată în unicul exemplar al operei. Scriitorul evocă topirea noțiunii de operă în conceptul juridic al originalității prin ambivalența semantică a termenului *original* în antiteză cu substantivul *copie* ce denotă absența actului de creație intelectuală. Atât judecătorul, cât și părțile procesului au uitat de judecată și au început emoționați să citească poveștile încrustate pe unul din simbolurile justiției.

[47] *Ibidem.*

[48] A se vedea, E. Rosati, *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 13, nr. 8/2018, p. 597.

[49] Cazul Satava 323 F.3d 805 (9th Cir 2003): "*that a combination of unprotectable elements is eligible for copyright protection only if those elements are numerous enough and their selection and arrangement original enough that their combination constitutes an original work of authorship*", a se vedea, E. Rosati, *op. cit.,* p. 597.

[50] M. Cărtărescu, *op. cit.*, p. 160.

[51] *Idem*, p. 164.

[52] *Ibidem.*

4. Epilog

În axiologia dreptului de autor, originalitatea reprezintă elementul central al protecției juridice în paradigma unei opere literare, artistice sau științifice. Jurisprudența europeană recentă încadrează în arhetip substantival cuvântul originalitate reliefând astfel disjuncția între două concepte esențiale: operă și originalitate. La mijlocul secolului al XX-lea, scriitorul francez Serge Doubrovsky spunea că „*orice obiect estetic este, în fapt opera unui proiect uman*", anticipând parcă interpretarea recentă a Curții de Justiție a Uniunii Europene potrivit căreia un obiect devine operă prin originalitate și prin obiectivitatea și precizia expresiei sale artistice. Astfel, în acorduri juridice, sintagma *obiect estetic* ilustrează posibilitatea de a identifica suficient de precis și obiectiv opera, iar expresia *proiect uman* cartografiază calea originalității.

Referințe

Biagioli M., *Genius against Copyright: Revisiting Fitche's Proof of the Illegality of Reprinting*, Notre Dame Law Review, vol. 86, Issue 5/2011

Burrow C., *Imitating authors. Plato to Futurity*, Oxford University Press, Oxford, 2019

Carrière J.C., *Cercul mincinoșilor. Cele mai frumoase povești filozofice din lumea întreagă*, traducere Brîndușa Prelipceanu și Emanoil Marcu, Editura Humanitas, București, 2021

Cărtărescu M., *Povestea Maestrului Cornichonn, cîinele de zmeu*, în *Enciclopedia Zmeilor*, Editura Humanitas, București, 2017

Circa A., *Articularea drepturilor de proprietate intelectuală*, în Almășan A., Vârsta I., Zamșa C.E. (coordonatori), *In Honorem Flavius Antoniu Baias. Aparența în drept*, tomul III, Editura Hamangiu, București, 2021

Deazley R., *On the Origin of the Right to Copy.Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695-1775)*, Editura Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004

Dima E. (coordonator științific), *Dicționar explicativ ilustrat al limbii române*, Editura Arc Gunivas, Chișinău, 2007,

Haynes C., *Reassessing 'Genius' in Studies of Authorship: The State of the Discipline*, în *Book History*, vol. 8, Editura Johns Hopkins University Press, 2005, p. 287, http://www.jstor.org/stable/30227379

Laskowska-Litak E., *Between Scylla and Charybdis: a comparative look at copyright´s protected subject matter at the (CJ)EU harmonization*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 14, nr. 10/2019, https://doi.org/10.1093/jiplp/jpz100

Murakami H., *Meseria de romancier*, traducere Andreea Sion, Editura Polirom, Iași, 2016

Odell D.W., *The Argument of Young's "Conjectures on Original Composition"*, Studies in Philology vol. 78, no. 1/1981

Pettitt C., *Patent Inventions – Intellectual Property and the Victorian Novel*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2004

Pilla J. & Torremans P., *European Intellectual Property Law*, 2nd Edition, Editura Oxford University Press, Oxford, 2019

Pilla J., *The Subject Matter of Intellectual Property*, Editura Oxford University Press, Oxford, 2017

Rosati E., *Why originality in copyright is not and should not be a meaningless requirement*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 13, nr. 8/2018, https://doi.org/10.1093/jiplp/jpy084

Rose M., *The Author as Proprietor: Donaldson v Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, Representations no. 23 (Summer, 1988), https://www.jstor.org/stable/2928566, https://doi.org/10.2307/2928566

Săndulescu Al. (coordonator), *Dicționar de termeni literari*, Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1976

Shelley P.B., *A defence of Poetry and Other Essays*, http://biblioteca.org.ar/libros/167749.pdf

Shtefan A., *Creativity and artificial intelligence: a view from the perspective of copyright*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 16, nr. 7/2021, https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab093

Speriusi-Vlad A., *Protejarea creațiilor intelectuale.Mecanisme de drept privat*, Editura C.H.Beck, București, 2015

Vivant M., Bruguière J.M., *Droit d´auteur*, Editura Dalloz, Paris, 2009

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-5

Extinderea pragului valoric al procedurii românești a cererilor cu valoare redusă

Extension of the Value Threshold of the Romanian Small Claims Procedure

COSMIN DARIESCU[1]

Rezumat: Procedura românească a cererilor cu valoare redusă a fost introdusă prin Legea nr. 134/2010, Codul de procedură civilă, sub influența reglementărilor Uniunii Europene. Potrivit art. 1026 (nemodificat din 2010), pragul valoric până la care se poate folosi această procedură a fost stabilit la 10 000 de lei, la data sesizării (adică 2.375,35 euro, la cursul mediu anual de schimb al euro în 2010). În aceeași epocă, Regulamentul (UE) nr. 861/2007 fixa pragul valoric al procedurii europene a cererilor cu valoare redusă la 2000 de euro. În prezent, prin Regulamentul (UE) 2015/2421, domeniul procedurii menționate a fost extins până la suma de 5000 de euro. Considerând intenția legiuitorului român de a acorda acestei proceduri un domeniu de aplicare internă mai larg decât cel conturat de dreptul U.E., rata inflației în România și necesitatea armonizării procedurii interne cu cea din litigiile transfrontaliere, deducem necesitatea actualizării pragului valoric până la echivalentul în lei a sumei de 5000 de euro sau chiar mai mult.

Cuvinte-cheie: cereri cu valoare redusă, plafon valoric, România, Cod procedură civilă, competență jurisdicțională

Abstract: The Romanian small claims procedure was introduced by Law nr. 134/2010, Code of Civil Procedure, under the influence of European Union regulations. According to art. 1026 (unchanged since 2010), the value threshold up to which this track can be used was set at 10,000 lei, on the date of the court referral (i.e. 2,375.35 euros, at the average annual exchange rate of the euro in 2010). At the same time, Regulation (EU) No 861/2007 fixed the value threshold of the European Small Claims Procedure at EUR 2000. Currently, by Regulation (EU) 2015/2421, the scope of that procedure has been extended to the amount of EUR 5000. Considering the intention of the Romanian legislator to grant this procedure a broader internal scope than that outlined by the EU law, the inflation rate in Romania and the need to harmonize the internal procedure with that of cross-border disputes, we infer the need to update the value threshold up to the equivalent in lei of 5000 euros or more.

Keywords: small claims, value threshold, Romania, Code of Civil Procedure, jurisdiction

[1] Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: cosmin.dariescu@uaic.ro, https://orcid.org/0000-0002-9714-2157

1. Introducere

O vorbă din popor transmite peste veacuri faptul că până la Dumnezeu, te mănâncă sfinții. Transpus în contextul administrării justiției civile în România, această zicătoare dezvăluie dificultățile pe care cetățenii fără pregătire juridică le întâmpină atunci când trebuie să introducă sau să susțină o acțiune în instanță. Procedura civilă are o sumedenie de obstacole, de amănunte esențiale, de concepte și reguli interpretabile, printre care te poate călăuzi doar un inițiat (avocat). Dacă Virgiliu l-a călăuzit pe Dante, gratuit, din voință divină, avocații vor fi răsplătiți cu un onorariu (fiind liber-profesioniști). Adunând acest onorariu cu alte cheltuieli procesuale impuse de legile țării, reclamantul va investi în procedura civilă ordinară o sumă importantă de bani și o mare cantitate de timp. De aceea, pretenția pe care o susții în instanță trebuie să justifice prin avantaje sau prin banii rezultați, suma de bani și timpul investite. Dacă nu se realizează acest echilibru, reclamantul va fi descurajat să se adreseze instanței. Astfel, justiția se îndepărtează de popor, fiind accesibilă doar cetățenilor înstăriți.

Pentru a preîntâmpina acest fenomen ce subminează fundamentele etatice, legiuitorii lumii au creat proceduri judiciare expeditive aplicabile acțiunilor care au ca obiect un drept de creanță cu valoare redusă. Pentru definirea valorii reduse, s-au instituit praguri valorice maxime, diferite de la o jurisdicție la alta. În țara noastră, procedura specială a cererilor cu valoare redusă a fost introdusă, sub inspirație europeană, prin Legea nr. 134/2010, Codul de procedură civilă.

Prezentul articol semnalează necesitatea măririi pragului valoric maxim prevăzut în Codul de procedură civilă pentru aplicarea procedurii speciale a cererilor cu valoare redusă. De asemenea, lucrarea identifică avantajele pe care o astfel de creștere le-ar antrena. În susținerea acestor teze, vom utiliza texte de lege și din regulamente ale U.E., doctrina și statisticile relevante precum și operațiunile de actualizare a pragului valoric maxim în raport cu rata inflației și convertirea sumei-prag în valută, la cursul din epoca publicării codului în Monitorul Oficial. Metodele de lucru sunt: analiza sistematică, deducția și metoda singularizantă (prin care conectăm cererile cu valoare redusă de ansamblul fenomenului social).

Articolul este structurat în cinci părți și este însoțit de bibliografie. După ce în introducere a fost conturată problema studiată, sursele și metodele utilizate, în partea a doua, vor fi trecute în revistă opiniile exprimate în literatura de specialitate. Cea de-a treia parte este destinată informațiilor privind pragul valoric maximal al procedurii interne speciale în diferite state europene și în procedura europeană a cererilor cu valoare redusă. În cea de -a patra parte ne vom concentra asupra pragului valoric instituit prin art. 1026 C.pr. civ., relevând necesitatea augmentării lui și argumentele care susțin această extindere. Articolul se încheie cu câteva concluzii sintetice și cu indicarea surselor bibliografice.

2. Preocupări anterioare

Fiind o inovație a Codului de procedură civilă din 2010, procedura alternativă simplificată a cererilor cu valoare redusă s-a bucurat de atenția deplină a doctrinei românești. Primele preocupări în materie datează din 2009, când un specialist reputat a realizat o comparație între reglementarea procedurii europene în materia cererilor cu valoare redusă și cea din proiectul de lege al noului Cod de procedură civilă român. Autorul evidenția asemănările și deosebirile dintre cele două proceduri și pleda pentru extinderea Titlului executoriu european și la alte cereri decât la cele cu valoare redusă, creanțe necontestate sau la somații de plată. De asemenea, se propunea extinderea domeniului de aplicare a procedurii europene prin instituirea unui plafon valoric mai eficient și mai rezonabil de 20.000 de euro[2] (având în vedere cursul mediu anual din 2009 al euro de 4, 2373 lei[3], această sumă echivala cu 84.746 lei) [4]. Din același an datează o analiză succintă a trăsăturilor caracteristice ale acestei proceduri (scrisă, accelerată și cu formalități reduse)[5]. În anii următori, procedura este studiată în detaliu, fără a se pune, însă în discuție, mărirea plafonului valoric maximal[6].

Doctrina românească de drept internațional privat analizează procedura europeană a cererilor cu valoare redusă[7]. Atunci când se dezbate cuantumul

[2] Această propunere anticipa cu patru ani dorința Comisiei U.E. de a augmenta pragul valoric maximal al cererilor cu valoare redusă la 10. 000 de euro. A se vedea R. Mańko, *European Small Claims Procedure. Legal analysis of the Commission's proposal to remedy weaknesses in the current system* (European Parliamentary Research Service-November 2014), p. 23, la: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2014/542137/EPRS_IDA%282014%29542137_REV1_EN.pdf,accesat 4.10.2021) .

[3] Conform *Raport statistic. Cursul de schimb al pieței valutare-Serii anuale*, disponibil la: https://bnr. ro/Raport-statistic-606.aspx,accesat 22.10.2021.

[4] I. Leș, *Reglementări naționale și comunitare privitoare la soluționarea cererilor cu valoare redusă* în Revista română de drept privat, nr. 1/2009, p. 124.

[5] A. Tabacu, *Procedura cu privire la cererile cu valoare redusă și mijloacele procedurale de asigurare a celerității în procesul civil potrivit proiectului Noului cod de procedură civilă* în Revista română de drept privat, nr. 4/2009, pp. 235-239.

[6] I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura C. H. Beck, București, 2013,pp. 1315-1324, C. C. Dinu, *Proceduri speciale în noul Cod de procedură civilă,* Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 219-236, I. Leș (coordonator), *Tratat de drept procesual civil, Vol. II (Căile de atac, Procedurile speciale, Executarea silită, Procesul civil internațional)*, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 397-405, I. Leș, C. Jugastru, (coordonatori), *Tratat de drept procesual civil, Vol. II (Căile de atac, Procedurile speciale, Executarea silită, Procesul civil internațional*), ed. a II-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2020, pp. 374-381 etc.

[7] Fl. G. Păncescu, *Drept procesual civil internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 261-264, C.P. Buglea, *Dreptul internațional privat: din perspectiva reglementărilor europene aplicabile în domeniu și a Codului civil român*, ed. a III-a rev. și

pragului valoric maximal al procedurii și se amintește de propunerea avansată în doctrină de a mări plafonul până la 20.000 de euro, autorii se grupează în două tabere: unii înregistrează opinia, fără a se pronunța în vreun fel, concentrându-se pe dispozițiile dreptului U.E.[8], în vreme ce alții o resping, considerând că reglementarea procedurii europene a somației de plată face inutilă această sporire[9]. Opoziția categorică față de propunerea de ridicare a pragului valoric maximal ignoră diferențele funcționale dintre cele două proceduri europene. Somația de plată europeană a fost concepută ca o procedură menită să evite formalitățile exequatur-ului în cazul creanțelor necontestate, certe, lichide și exigibile, izvorâte cu precădere dintr-un contract, în vreme ce procedura europeană a cererilor cu valoare redusă este o procedură jurisdicțională simplificată menită să consacre într-o hotărâre, scutită de exequatur, un drept de creanță de până în 5000 de euro, indiferent de izvorul său juridic și contestat de debitor. În tot cazul, doctrina românească ignoră ideea centrală a prezentului articol, adică sporirea pragului valoric maximal impus de Codul de procedură civilă pentru aplicarea procedurii interne a cererilor cu valoare redusă, fie prin actualizarea lui în raport cu rata inflației, fie prin fixarea lui la cuantumul prevăzut de dreptul U.E..

3. Modele europene

Un studiu comparativ redactat pentru Comisia Europeană, în 2013, concluziona că 21 state-membre[10] aveau proceduri speciale interne pentru cererile cu valoare redusă[11]. Pentru a fi catalogată drept "redusă", creanța pretinsă trebuia să respecte un prag maxim care varia de la 600 euro (în Germania), la 25 000 de euro (în Olanda), cu o medie în jur de 4400 de euro[12].

ad., Editura Universul Juridic, București, 2021, pp. 229-231, Ș. Al. Stănescu, *Procesul civil internațional*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 179-182.

[8] A. Circa, *Capitolul IV. Eficacitatea hotărârilor străine* în I. Leș, C. Jugastru, (coordonatori), *Tratat de drept procesual civil, Vol. II (Căile de atac, Procedurile speciale, Executarea silită, Procesul civil internațional)*, ed. a II-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2020, pp. 934-935.

[9] S. Popovici, *Executarea silită transfrontalieră: instrument de consolidare a creditului*, Editura C. H. Beck, București, 2015, nota de subsol 2, p. 277 și S. Popovici, *Drept internațional privat*, Editura C.H. Beck, București, 2019, nota de subsol 3, p. 164

[10] Între aceste state figura și Marea Britanie. Danemarca și Croația nu au fost cuprinse în document.

[11] Deloitte, *Assessment of the socio-economic impacts of the policy options for the future of the European Small Claims Regulation* (European Commission 2013), p. 53, la: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1eeb379b-8ccc-4f00-9dda-04da21f9bf67,accesat 4.10.2021.

[12] R. Mańko, *op. cit.*, p. 4.

Totuşi, diferenţele între procedurile interne erau foarte mari, variind de la o simplă dispoziţie ce îi îngăduia judecătorului să simplifice procesul până la proceduri speciale cu reguli proprii de înmânare de documente, de administrare de probe şi cu căi specifice de atac[13].

Pentru simplificarea situaţiei reclamantului într-un litigiu transfrontalier privind o creanţă cu valoare mică, a fost instituită, prin Regulamentul (UE) nr. 861/2007[14], procedura europeană a cererilor cu valoare redusă. Aceasta se constituie într-o alternativă la procedurile interne speciale în vigoare în statele-membre[15]. Regulamentul lasă clarificarea unor chestiuni importante (precum competenţa jurisdicţională internă, evaluarea valorii obiectului, taxele, administrarea probelor sau înmânarea documentelor) pe seama reglementărilor interne ale fiecărui stat-membru.

Pragul valoric maxim până la care o cerere se poate judeca în procedura instituită prin Regulamentul (UE) nr. 861/2007 a cunoscut o interesantă evoluţie. Astfel, conform redactării iniţiale a art. 2 alin.1, regulamentul se aplica în materie civilă şi comercială, în cauzele transfrontaliere, indiferent de natura instanţei, atunci când valoarea cererii fără sa se ia în considerare dobânzile, cheltuielile şi alte costuri, nu depăşea 2000 de euro în momentul primirii formularului de cerere de către instanţa competentă. În 2015, Regulamentul (UE) 2015/2421[16] şi-a propus să majoreze plafonul valoric în scopul utilizării plenare a acestei proceduri simplificate şi a unor căi de atac eficiente şi rentabile de către întreprinderile mici şi mijlocii şi în scopul consolidării încrederii consumatorilor şi întreprinzătorilor în tranzacţiile transfrontaliere[17]. Astfel, a fost modificat art. 2 alin.1 al Regulamentului (UE) nr. 861/2007, dobândind următoarea formulare: "Prezentul regulament se aplică în cauzele transfrontaliere, astfel cum sunt definite la art. 3, în materie civilă şi comercială, indiferent de natura instanţei, atunci când valoarea cererii fără sa se ia în considerare dobânzile, cheltuielile şi alte costuri, nu depăşeşte 5000 de euro în momentul primirii formularului de cerere de către instanţa competentă..."[18].Acest nou prag valoric a intrat în vigoare pe 14 iulie 2017[19]. Prin urmare, pragul valoric maxim al procedurii

[13] *Ibidem.*

[14]A fost publicat în J.O. L199/1, 31.7. 2007 şi a intrat în vigoare pe 1 ianuarie 2009 în toate statele membre, cu excepţia Danemarcei. A se vedea şi R. Mańko, *op. cit.,* p. 7.

[15] R. Mańko, *op. cit.,* p. 4.

[16] Publicat în J.O. L341/1, 24.12.2015.

[17] Comisia Europeană, *Culegere de legislaţie a Uniunii Europene referitoare la cooperarea judiciară în materie civilă şi comercială. Supliment la ediţia din 2017.Procedura europeană cu privire la cererile cu valoare redusă,* Oficiul pentru Publicaţii al Uniunii Europene, Luxemburg, 2018, p. 48

[18] *Idem*, p. 10.

[19] Potrivit *Document 02007R0861-20170714*, la: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:02007R0861-20170714,accesat 4.10.2021.

europene a cererilor cu valoare redusă s-a modificat de la 2000 de euro (în perioada 1 ianuarie 2009-13 iulie 2017) la 5000 de euro (14 iulie 2017- prezent).

4. Avantajele revizuirii articolului 1026 Cod Procedură Civilă

Publicat pentru prima dată în Monitorul Oficial, Partea I, Nr. 485/15 iulie 2010[20], Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010) a introdus, cu titlu de noutate legislativă, trei proceduri speciale: evacuarea din imobilele deținute sau ocupate fără drept, procedura privitoare la înscrierea drepturilor dobândite în temeiul uzucapiunii și procedura cu privire la cererile de valoare redusă[21]**.** Modelul procedurii cererilor cu valoare redusă l-a constituit Regulamentul (UE) nr. 861/2007. Dar, spre deosebire, de regulament (care la data respectivă se aplica litigiilor al căror obiect nu depășea 2000 de euro), reglementarea românească se aplica cererilor a căror valoare era mai mică sau egală cu 10.000 de lei[22]. Într-adevăr, potrivit art. 1009 Cod pr. civ. (renumerotat, în 2015, fără alte modificări, ca art. 1026), procedura cu privire la cererile de valoare redusă se aplică atunci când valoarea cererii, fără a se lua în considerare dobânzile, cheltuielile de judecată și alte venituri accesorii, nu depășește suma de 10.000 de lei la data sesizării instanței.

De ce se subliniază în expunerea de motive că reglementarea românească a cererilor cu valoare redusă diferă de cea din regulament, domeniul ei extinzându-se până la valoarea a 10.000 de lei? Cât însemnau, în euro, cei 10.000 de lei prevăzuți în art. 1009 Cod pr. civ. (art. 1026 de azi) la data primei publicări a legii în Monitorul Oficial (15 iulie 2010)? Potrivit Arhivei Cursului Valutar BNR[23], pe 15 iulie 2010, un euro reprezenta 4,2594 lei. Împărțind cei 10.000 de lei la 4,2594 vom obține suma de 2.347, 74 euro[24]. Dar în luna respectivă, leul a avut o tendință de ușoară apreciere față de euro. De aceea, este necesar să folosim pentru conversia valutară, cursul mediu anual de schimb al euro în 2010, stabilit

[20] Republicat, apoi, de două ori, în M. Of. nr. 545/3 august 2012 și în M.Of. nr. 247/10 aprilie 2015. A se vedea *Fișa Legii nr. 134/2010* la: http://cdep.ro/pls/legis/legis_pck.frame, accesat 5.10.2021.

[21] *Expunere de motive proiect Lege privind Codul de procedură civilă, forma transmisă Parlamentului*, p. 20, la: http://old.just.ro/Sectiuni/PrimaPagina_MeniuDreapta/ProiectulnouluiCoddeProcedur%C4%83Civil%C4%83/tabid/648/Default.aspx, accesat 5.10. 2021.

[22] *Ibidem.*

[23] *Arhiva Curs BNR. Curs valutar (exprimat în Ron) comunicat în data de 15 iulie 2010* [Online] la: https://www.cursbnr. ro/arhiva-curs-bnr-2010-07-15, accesat 5.10.2021.

[24] Pragul valoric maxim românesc al procedurii cererilor cu valoare redusă era evaluat, în 2013, de Deloitte ca fiind 2.303, 98 euro. A se vedea Deloitte, *op. cit.*, p. 53.

de Banca Națională a României[25]. Împărțind suma de 10.000 de lei la 4,2099 lei obținem valoarea de 2.375,35 euro. Cât înseamnă această sumă în lei, la data redactării acestui articol (octombrie 2021)? Având în vedere că, pe 11 octombrie, un euro era echivalent cu 4, 9486 lei, suma menționată reprezintă 11.754,65701 lei. Acesta ar fi pragul valoric maximal al procedurii românești a cererilor cu valoare redusă, obținut prin intermediul evoluției istorice a cursului de schimb al monedei euro.

Pe de altă parte, în toate cercetările economice care se întind pe o lungă perioadă de timp, se cuvine să se ia în considerare și rata inflației care erodează puterea de cumpărare a monedei (monedelor) studiate. Chiar moneda euro s-a devalorizat în perioada analizată de noi (2010-2021), cea mai mare rată a inflației, din septembrie 2008 încoace, înregistrându-se în septembrie 2021[26]. În cele ce urmează vom actualiza suma de 10.000 de lei menționată, în 2010, în art. 1009 Cod pr. civ. (art. 1026 de azi) cu rata inflației.

Un concept central al operațiunii de actualizare a unei sume de bani, îl reprezintă indicele prețurilor de consum (IPC). Acesta poate fi definit ca o măsură a evoluției de ansamblu a prețurilor mărfurilor cumpărate și a tarifelor serviciilor utilizate de către populație, într-o anumită perioadă (denumită perioada curentă), față de o perioadă de referință[27].Acest indice se calculează doar pentru bunurile și serviciile consumate direct de către populație. El nu cuprinde: consumul din resurse proprii, cheltuielile cu caracter de investiție și acumulare (inclusiv ratele de asigurare), dobânzile plătite la credite, amenzile, impozitele ș.a. precum și cheltuielile aferente muncii pentru producția agricolă a gospodăriilor individuale. Indicele prețurilor de consum este, cu alte cuvinte, o metodă de măsurare în linii mari a prețurilor unui model de cheltuieli fixe[28]. Fiind cea mai cunoscută măsură a evoluției generale a prețurilor, IPC-ul este utilizat de către Guvern și de mediul de afaceri pentru ajustarea veniturilor, pensiilor, taxelor în funcție de evoluția prețurilor (clauze de escaladare sau de indexare). IPC-ul este calculat cu periodicitate lunară (începând cu octombrie 1990) de către Institutul Național de Statistică. Această instituție calculează următoarele tipuri de IPC: total, pentru mărfuri alimentare, pentru mărfuri

[25] Cursul mediu de schimb al euro pentru 2010 a fost preluat de la *Raport statistic. Curs de schimb al pieței valutare-serii anuale* [Online], la: https://bnr. ro/Raport-statistic-606.aspx,accesat 5.10.2021.

[26] Agerpress, *Inflația în zona euro a ajuns la cel mai ridicat nivel din ultimii 13 ani (*1.10.2021) [Online], la: https://wwwb.agerpres.ro/economic-extern/2021/10/01/inflatia-in-zona-euro-a-ajuns-la-cel-mai-ridicat-nivel-din-ultimii-13-ani--789139, accesat 11.10.2021;

[27] *Termenul zilei. Indicele prețurilor de consum*, [Online] la: https://www. financialmarket.ro/terms/indicele-preturilor-de-consum/,accesat 11.10.2021.

[28] Institutul Național de Statistică, *Indicele prețurilor de consum-Anual*, [Online] la: http://statistici.insse.ro/shop/?page=ipca1&lang=ro, accesat 11.10.2021.

nealimentare şi pentru servicii (aici fiind incluse plafoanele valorice maxime ale procedurii cererilor cu valoare redusă, asemeni altor praguri valorice prevăzute de Codul de procedură civilă pentru stabilirea competenţei materiale). IPC-ul este esenţial pentru calcularea ratei inflaţiei, după următoarea formulă:

Rata inflației=IPC-100 [29].

Actualizarea unei sume de bani folosind IPC-ul se poate face cu ajutorul a două formule:

doar cu ajutorul IPC-ului:

$$\frac{\text{suma iniţială de actualizat} \times \text{IPC}}{100}$$

sau utilizând rata inflaţiei[30]:

$$\frac{\text{suma iniţială de actualizat} \times \text{rata inflaţiei}}{100} + \text{suma iniţială de actualizat}$$

Indiferent de formula folosită, rezultatul actualizării este acelaşi în privinţa întregului, putând diferi, uneori zecimale, din cauza rotunjirii induse de publicarea ratei inflaţiei cu o zecimală, în vreme ce IPC-ul este publicat cu două zecimale.

Aşa cum am anticipat, mai sus, pentru actualizarea sumei de 10.000 de lei menţionată în art. 1026 Cod procedură civilă, ca prag valoric maximal până la care se poate utiliza procedura alternativă românească a cererilor cu valoare redusă, vom folosi indicele preţurilor de consum pentru servicii, perioada curentă fiind 2020[31], iar cea de referinţă 2010. Potrivit Institutului Naţional de Statistică, acesta este 128,84%. Prin urmare, rata inflaţiei în perioada 2010-2020 este de: 128, 84-100=28, 84%. Cunoscând IPC-ul serviciilor şi rata inflaţiei în perioada 2010-2020, vom actualiza suma de 10.000 de lei, urmând formulele de mai sus:

a) $\frac{10.000 \times 128,84}{100} = 12.884,00$ lei

b) $\frac{10.000 \times 28,84}{100} + 10.000 = 12.884,00$ lei.

Având în vedere dispoziţiile art. 137 alin. (2) din Constituţia României care prevede că moneda naţională este leul, considerăm că metoda de actualizare cu

[29] *Ibidem.*

[30] *Ibidem.*

[31] La data redactării articolului, octombrie 2021, ultimul IPC calculat de I.N.S. era cel pe anul 2020.

ajutorul IPC (și al ratei inflației) are un fundament legal mai solid decât cea prin raportare la cursul euro.

Din cele de mai sus, se observă că, respectând intenția legiuitorului din 2010, domeniul de aplicare al procedurii speciale alternative a cererilor cu valoare redusă trebuie extins de la 10.000 de lei la cel puțin 12.884 de lei. Prin urmare, art. 1026 Cod pr. civ. trebuie revizuit în acest sens. Astfel, s-ar garanta utilitatea acestei proceduri speciale, facultative, abreviate, standardizate și contencioase[32] și în condițiile devalorizării leului în cei unsprezece ani de la instituirea ei. Justiția civilă ar continua să fie la îndemâna justițiabililor (profesioniști sau consumatori).

Actualizarea pragului valoric maximal prevăzut de art. 1026 Cod pr. civ. va suscita dezbateri, stimulate de art. 4 al aceluiași cod. Astfel, art. 4 Cod pr. civ. dispune că, în materiile reglementate de cod, normele obligatorii ale dreptului Uniunii Europene se aplică în mod prioritar, indiferent de calitatea sau de statutul părților. Cu alte cuvinte, în materia cererilor privind drepturi de creanță cu valoare redusă, prevederile Regulamentul (UE) nr. 861/2007, așa cum a fost modificat prin Regulamentul (UE) 2015/2421, vor avea prioritate. Având în vedere că Regulamentul (UE) nr. 861/2007 vizează litigii transfrontaliere privind cereri cu valoare redusă, el nu va înlocui prevederile românești din articolele 1026-1033 Cod pr. civ., acestea având vocația de a guverna procedura internă în materie. Totuși, în temeiul supremației ordinii juridice europene, procedura internă românească a cererilor cu valoare redusă trebuie armonizată cu procedura europeană aplicabilă în litigii transfrontaliere. Cu alte cuvinte, articolele 1026-1033 trebuie aplicate în lumina reglementărilor procedurale prevăzute în Regulamentul (UE) nr. 861/2007[33]. Deducem, astfel, că și pragul valoric maximal prevăzut în art. 1026 Cod pr. civ. se cuvine a fi armonizat cu cel din art. 2 alin. (1)al regulamentului (5000 de euro). Doar în acest fel, justițiabilii români s-ar bucura și pe plan intern de facilitățile conferite lor de reglementările europene (domeniul extins al procedurii speciale, dezbaterile orale prin intermediul mijloacelor de comunicare la distanță, etc.).

Fixând plafonul valoric maximal la echivalentul în lei a 5000 de euro, s-ar atinge și un alt obiectiv: cel al asigurării supleței și coerenței dreptului românesc. El va avea o singură procedură specială alternativă în materie de drepturi de creanță cu valoare redusă, susceptibilă a fi aplicată atât în litigii interne cât și transfrontaliere. Mai mult, procedând astfel, se va păstra intenția inițială a autorilor Codului de procedură civilă de a permite utilizarea procedurii speciale

[32] I. Leș, C. Jugastru (Coordonatori), *op. cit.*, pp. 376-377.

[33] Pentru detalii privind supremația ordinii juridice europene și a efectului pe care aceasta o exercită asupra dreptului național, inclusiv asupra dezvoltării dreptului național, a se consulta I. Rebeca, *Drept internațional privat european*, Editura Hamangiu, București, 2019, pp. 9 și 511-512.

a cererilor cu valoare redusă peste pragul valoric impus de Regulamentul (UE) nr. 861/2007 în redactarea sa din 2010 (2000 euro[34]).

Extinderea plafonului valoric la 5000 de euro ar afecta, cumva, competența jurisdicțională materială, conferită judecătoriei de art. 1028 alin. (1)Cod pr. civ.? La data redactării acestor rânduri (14 octombrie 2021), un euro este cotat de Banca Națională a României la 4, 9488 lei[35]. Așadar, 5000 de euro înseamnă 24 744 de lei. Cum potrivit art. 94 pct.1 lit. k Cod pr. civ., judecătoriile sunt abilitate să judece orice alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 200 000 lei, indiferent de calitatea părților, punerea în practică a tezei susținute de noi nu ar afecta arhitectura sistemului de competențe a instanțelor judecătorești, păstrând echilibrul atât de dificil de menținut între imperativul accesului la justiție al cetățeanului și nevoile sistemului judiciar[36]. Astfel, ar crește utilitatea procedurii cererilor cu valoare redusă. În 2020, cererile cu valoare redusă reprezentau doar 6,6 % din totalul cauzelor civile nou intrate pe rolul judecătoriilor (care dețineau o pondere de 49,4% din totalul dosarelor intrate la judecătorii)[37].

5. Concluzii

Din cele prezentate mai sus, concluzionăm că se impune extinderea domeniului de aplicare al procedurii interne românești a cererilor cu valoare redusă, prin actualizarea sumei de 10.000 de lei prevăzută de art. 1026 Cod pr. civ. cu rata inflației. Astfel, s-ar păstra accesul publicului la această procedură simplificată în condițiile devalorizării leului din ultimii ani. Cea mai înțeleaptă soluție ar fi ridicarea plafonului maximal al procedurii interne a cererilor cu

[34] 2000 de euro reprezentau 9.897, 2 lei, pe 27 octombrie 2021, la un curs de 4, 9486 lei, un euro. Deci, păstrând actuala redactare a art. 1026 Cod pr. civ., din cauza devalorizării leului, intenția legiuitorului nu mai poate fi respectată.

[35] Potrivit *Banca Națională a României* [Online], la https://bnr. ro/Home.aspx, accesat 14.10.2021.

[36] Pentru corecțiile aduse de Curtea Constituțională și de Înalta Curte de Casație și Justiție normelor de competență interne statornicite de Codul de procedură civilă a se vedea N.H. Țiț, *Evoluția reglementărilor referitoare la competența instanțelor judecătorești în materie procesual-civilă prin raportare la jurisprudența Curții Constituționale și Înaltei Curți de Casație și Justiție* în Studii și Cercetări Juridice, Anul 9 (65) Nr. 4, Octombrie-Decembrie 2020, pp. 487-499.

[37] Consiliul Superior al Magistraturii, *Raport privind starea justiției.2020*,pp. 30-31, la: https://www.csm1909.ro/267/3570/Rapoarte-privind-starea-justi%C5%A3iei, accesat 28.10.2021.Curios este că în raportul din 2019, se menționa drept o cauza a creșterii volumului de activitate a judecătoriilor faptul că sunt multe cereri cu valoare redusă. În acel an, acestea reprezentau 5 % din numărul cauzelor civile nou intrate pe rolul judecătoriilor . Să fie această procedură accelerată de vină pentru păstrarea stocurilor de dosare din anii trecuți la un nivel aproape constant (500 000 de cauze)? Puțin probabil, în opinia mea.

valoare redusă cel puțin la echivalentul în lei al sumei de 5000 de euro. Astfel, pe lângă accesul sporit al justițiabililor s-ar obține și alte două beneficii: s-ar păstra intenția legiuitorului de a asigura un domeniu de aplicabilitate al procedurii mai extins decât cel schițat prin Regulamentul (UE) nr. 861/2007 și pe de altă parte s-ar asigura egalitatea între creditorii drepturilor de creanță cu valoare redusă indiferent de tipul de litigii în care sunt implicați: interne sau transfrontaliere europene.

Mulțumiri

Autorul îi mulțumește doamnei expert contabil judiciar **Teodora Pasere** pentru consultanța în privința metodei actualizării sumelor de bani și pentru verificarea calculelor prezentate în articol.

Referințe

Agerpress, *Inflația în zona euro a ajuns la cel mai ridicat nivel din ultimii 13 ani (*1.10.2021) [Online]

Arhiva Curs BNR. Curs valutar (exprimat în Ron) comunicat în data de 15 iulie 2010 [Online]

Buglea, C.P., *Dreptul internațional privat: din perspectiva reglementărilor europene aplicabile în domeniu și a Codului civil român*, ed. a III-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2021

Circa, A., *Capitolul IV. Eficacitatea hotărârilor străine* în I. Leș, C. Jugastru, (coordonatori), T. Bodoașcă, A. Circa, E. Hurubă, V. Lozneanu, A. Tabacu, *Tratat de drept procesual civil, Vol. II (Căile de atac, Procedurile speciale, Executarea silită, Procesul civil internațional)*, ed. a II-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2020

Comisia Europeană, *Culegere de legislație a Uniunii Europene referitoare la cooperarea judiciară în materie civilă și comercială. Supliment la ediția din 2017. Procedura europeană cu privire la cererile cu valoare redusă*, Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene, Luxemburg, 2018

Consiliul Superior al Magistraturii, *Raport privind starea justiției. 2020* [Online]

Deloitte, *Assessment of the socio-economic impacts of the policy options for the future of the European Small Claims Regulation* (European Commission 2013), [Online]

Dinu, C. C., *Proceduri speciale în noul Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2013

Expunere de motive proiect Lege privind Codul de procedură civilă, forma transmisă Parlamentului [Online]

Institutul Național de Statistică, *Indicele prețurilor de consum-Anual*, [Online]

Leș, I., *Reglementări naționale și comunitare privitoare la soluționarea cererilor cu valoare redusă* în Revista română de drept privat, nr. 1/2009

Leș, I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura C. H. Beck, București, 2013

Leș, I. (coordonator), *Tratat de drept procesual civil, Vol. II (Căile de atac, Procedurile speciale, Executarea silită, Procesul civil internațional)*, Editura Universul Juridic, București, 2015

Leș, I., Jugastru, C. (coordonatori), *Tratat de drept procesual civil, Vol. II (Căile de atac, Procedurile speciale, Executarea silită, Procesul civil internațional*), ed. a II-a, rev. şi ad., Editura Universul Juridic, București, 2020

Mańko, R., *European Small Claims Procedure. Legal analysis of the Commission's proposal to remedy weaknesses in the current system* (EuropeanParliamentary Research Service-November 2014), [Online]

Păncescu, Fl. G., *Drept procesual civil internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014

Popovici, S., *Executarea silită transfrontalieră: instrument de consolidare a creditului*, Editura C. H. Beck, București, 2015

Popovici, S., *Drept internațional privat*, Editura C.H. Beck, București, 2019

Raport statistic. Cursul de schimb al pieței valutare-Serii anuale, [Online]

Rebeca, I., *Drept internațional privat european*, Editura Hamangiu, București, 2019

Stănescu, Ș. Al., *Procesul civil internațional*, Editura Hamangiu, București, 2017

Tabacu, A., *Procedura cu privire la cererile cu valoare redusă și mijloacele procedurale de asigurare a celerității în procesul civil potrivit proiectului Noului cod de procedură civilă* în Revista română de drept privat, nr. 4/2009

Termenul zilei. Indicele prețurilor de consum, [Online]

Țiț, N. H., *Evoluția reglementărilor referitoare la competența instanțelor judecătorești în materie procesual-civilă prin raportare la jurisprudența Curții Constituționale și Înaltei Curți de Casație și Justiție* în Studii și Cercetări Juridice, Anul 9 (65) Nr. 4, Octombrie-Decembrie 2020.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-6

Principiul legalității și manifestările acestuia în domeniul insolvenței. Delimitări teoretice și aspecte practice

The principle of Legality and its Manifestation in the Field of insolvency. Theoretical Delimitations and Practical Issues

CLAUDIA ANTOANELA SUSANU[1]

Rezumat: În materia insolvenței, principiul legalității comportă o serie de particularități generate de specificul acestei proceduri. Scopul procedurii insolvenței este cel al îndestulării creditorilor care dețin creanțe asupra averii debitorului, context în care creditorii au rolul de a controla deciziile manageriale sub aspectul oportunității. Atribuțiile principale ale judecătorului sindic sunt prevăzute de lege și pot fi grupate în două categorii: jurisdicționale și de control judiciar asupra activității administratorului judiciar și a lichidatorului. În aceste limite, aspectele de nelegalitate vizând procedura sunt supuse verificării judecătorului sindic.

Cuvinte-cheie: principiul legalității, procedura de insolvență, verificări de legalitate

Abstract: In the matter of insolvency, the principle of legality involves particularities generated by the specificity of this procedure. The purpose of the insolvency procedure is to satisfy the creditors holding receivables on the debtor's estate, a context in which creditors have the role of controlling managerial decisions in terms of opportunity. The main attributions of the syndic judge are provided by law and can be grouped into two categories: jurisdictional and judicial control over the activity of the judicial administrator and the liquidator. Within this limit, the aspects of illegality concerning the procedure are subject to verification by the syndic judge.

Keywords: the principle of legality, the insolvency procedure, legality checks

1. Considerații generale

Principiul legalității, este unul dintre principiile fundamentale ale procesului civil care a primit în doctrină multiple definiții, prin intermediul

[1] Cadru didactic asociat, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, fost judecător, Curtea de Apel Iași, email: claudiasusanu@yahoo.com

cărora autorii au încercat să reliefeze importanța acestuia atât pentru statul de drept, în general, cât și pentru dreptul procesual civil, în special.

Astfel, principiul legalității a fost descris ca "unul dintre pilonii activității judiciare"[2], respectiv ca o "garanție a desfășurării în condiții optime a mecanismului de înfăptuire a justiției"[3].

Constituția României consacră - la nivel general - principiul legalității, sens în care facem trimitere atât la dispozițiile art. 1 alin. (5) din Titlul I („Principii generale") care stipulează că *„În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie"*, cât și la prevederile cuprinse în art. 16 alin. (2) din Constituție, care consfințește că *„Nimeni nu este mai presus de lege"*.

În contextul care face obiectul prezentului demers, respectiv semnificația principiul legalității în cadrul procedurii judiciare, relevante sunt și dispozițiile art. 124 alin. (1) și (3) din legea fundamentală care arată că *„Justiția se înfăptuiește în numele legii"*, iar *„Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii"*.

Cod de procedură civilă consacră Capitol II al Titlului preliminar pentru a reglementa expres principiile fundamentale ale procesului civil, la art. 7 regăsindu-se principiul legalității.

Dispoziția legală anterior menționată stipulează că: *„ (1) Procesul civil se desfăşoară în conformitate cu dispozițiile legii. (2) Judecătorul are îndatorirea de a asigura respectarea dispozițiilor legii privind realizarea drepturilor şi îndeplinirea obligațiilor părților din proces."*

În consecință, instanțelor judecătoreşti, indiferent de gradul de jurisdicție, le incumbă sarcina de a lua toate măsurile care se impun pentru ca principiile fundamentale ale procesului civil, inclusiv cel ce constituie obiect al prezentei analize, să fie respectate de către părțile din litigiile deduse judecății, ele însele fiind ținute să respecte aceste principii.

2. Instanțele judecătoreşti în procedura insolvenței

Constituția României menționează - în cuprinsul art. 126 alin. (1) şi (5) teza I din Constituție, republicată - că: *"justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație şi Justiție şi prin celelalte instanțe judecătoreşti stabilite de lege"*, respectiv că: *"este interzisă înființarea de instanțe extraordinare"*.

De asemenea, alin. (2) al aceluiaşi text constituțional, stipulează următoarele: *"competența instanțelor judecătoreşti şi procedura de judecată sunt prevăzute numai prin de lege"*.

[2] I. Leş, *Tratat de drept procesual civil, Vol. I, Principii şi instituții generale. Judecata în fața primei instanțe,* Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 57-58.

[3] G. Boroi (coord.), *Noul cod de procedură civilă, Comentariu pe articole Vol. I. Art. 1-526* Editura Hamangiu, București, 2013, p. 34.

Pornind de la aceste dispoziții constituționale, precizăm că, în materia insolvenței, nu toate instanțele judecătorești sunt incluse în categoria "organelor procedurii", ci doar tribunalul şi curtea de apel, aspect ce rezultă cu prisosință din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 41 şi ale art. 43 din Legea nr. 85/2014. Subliniem că, procedura instituită de Legea nr. 85/2014 are caracter judiciar, întrucât se desfăşoară sub controlul şi supravegherea instanţelor judecătoreşti, fiind păstrată concepția tradițională consacrată de Legea nr. 85/2006, potrivit căreia, în aplicarea procedurii, rolul principal revine instanţelor judecătoreşti, procedura desfășurându-se sub autoritatea şi prin intermediul acestora, ceea ce determină şi caracterul judiciar al procedurii colective. Dispozițiile art. 41, coroborate cu cele art. 43 din Legea nr. 85/2014 stabilesc atât competența materială, cât şi competența teritorială a instanţelor judecătoreşti chemate să soluționeze procedura insolvenței. Înțelegând să apeleze la sintagma „toate procedurile prevăzute de prezentul capitol" legiuitorul a statuat, în materie de insolvență, competența exclusivă a tribunalului.

Astfel cum dispun prevederile art. 45 din lege, tribunalul îşi exercită aceste competențe prin judecătorul-sindic, care are o competență funcțională (specializată) pentru aceste cauze.

2.1. Judecătorul-sindic

Rolul ce revine judecătorului-sindic în cadrul procedurii insolvenței este evidențiat atât prin intermediul dispozițiilor art. 45 din Legea nr. 85/2014, ce enumeră principalele atribuții ale acestuia, dar rezultă și din calitatea acestuia de magistrat, care exercită o funcție publică, de interes general, actele sale având caracter de obligativitate pentru toate părțile implicate în procedură.

În varianta inițială a Legii nr. 64/1995[4] privind procedura reorganizării judiciare şi a falimentului, rolul judecătorul-sindic era cel de administrator general al procedurii. Cu toate acestea, prin modificările legislative ulterioare[5], legiuitorul a ales să confere atribuțiile de administrare propriu-zise exclusiv practicianului în insolvență iar în competența judecătorului sindic a rămas efectuarea actelor şi operațiunilor prevăzute de lege şi apărarea drepturilor şi intereselor părților. Etapa de reconfigurare a rolului judecătorului-sindic a continuat prin Legea insolvenței nr. 85/2006, care a separat în mod clar atribuțiile jurisdicționale de cele de administrare şi de gestionare a averii debitorului.

În acest sens, alin. (2) al art. 11 din Legea nr. 85/2006 prevedea că: *"atribuțiile judecătorului-sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activității*

[4] Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 130 din 29 iunie 1995.

[5]Legea nr. 64/1995 a fost modificată și completată prin Legea nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 236 din 27 mai 1999.

administratorului judiciar şi/sau al lichidatorului şi la procesele şi cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței. Atribuțiile manageriale aparțin administratorului judiciar ori lichidatorului sau, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-şi administra averea. Deciziile manageriale pot fi controlate sub aspectul oportunității de către creditori, prin organele acestora".

Legea nr. 85/2014 păstrează această reglementare, pe care o şi completează, ultima teză cuprinsă în alin. (2) al art. 45, precizând că: *"deciziile manageriale care pot fi controlate, sub aspectul oportunității, de către creditori, prin organele acestora, sunt cele ale administratorului judiciar, lichidatorului judiciar sau debitorului care şi-a păstrat dreptul de administrare".*

Din cele anterior evidențiate rezultă că judecătorului sindic nu îi revin atribuții manageriale, astfel încât acesta nu poate aprecia, din perspectiva oportunității, măsurile dispuse de organele care aplică procedura insolvenței.

Sediul materiei, atunci când vorbim de principalele atribuțiile ale judecătorului sindic, îl reprezintă dispozițiile art. 45 alin. (1) lit. a) – r) din Legea nr. 85/2014 şi acestea pot fi cuprinse în două categorii: jurisdicționale şi de control judiciar asupra activității administratorului judiciar şi a lichidatorului.

Dintre atribuțiile jurisdicționale evidențiem judecarea cererii de ridicare a dreptului debitorului de a-şi mai conduce activitatea, astfel cum este ea reglementată în cuprinsul art. 45 lit. g) din Legea nr. 85/2014, judecarea cererilor de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvență, potrivit art. 169, sau sesizarea organelor de urmărire penală atunci când există date cu privire la săvârşirea unei infracțiuni, menționată de art. 45 lit. h) din Legea nr. 85/2014, respectiv judecarea acțiunilor având ca obiect anularea unor acte frauduloase şi a unor constituiri ori transferuri cu caracter patrimonial, anterioare deschiderii procedurii, potrivit art. 45 lit. i) din Legea nr. 85/2014.

În categoria atribuțiilor de control menționăm judecarea acțiunii având ca obiect anularea hotărârii adunării creditorilor, prevăzută de art. 45 lit. n) din Legea nr. 85/2014; judecarea contestațiilor debitorului, ale comitetului creditorilor sau ale oricărei persoane interesate împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar ori de lichidatorul judiciar, prevăzută de art. 45 lit. j) din Legea nr. 85/2014; soluționarea contestațiilor formulate la rapoartele administratorului judiciar sau ale lichidatorului, reglementată de art. 45 lit. m) din Legea nr. 85/2014.

2.2. Curtea de apel – instanța de control judiciar

Împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul-sindic se poate formula, de către părțile care au luat parte la judecata în primă instanță a cauzei, doar calea de atac a apelului. Termenul în care se poate declara calea de atac a apelului este diferit de cel din dreptul comun, fiind mult mai redus, doar de 7 zile, întrucât

procedura insolvenței este una care reclamă celeritate. Acest termen se calculează de la comunicare, pentru absenți și de la pronunțare, pentru cei prezenți.

Calea de atac a apelului urmează a fi soluționată de curtea de apel în circumscripția căreia se află tribunalul ce a pronunțat hotărârea supusă acestei forme de control judiciar.

De altfel, art. 9 din Legea nr. 85/2014 prevede expres că instanța de apel pentru hotărârile pronunțate de judecătorul-sindic este curtea de apel, hotărârile luate de acesta fiind definitive.

3. Aspecte de nelegalitate supuse cenzurii judecătorului sindic în cadrul procedurii insolvenței

Din ansamblul întregii reglementări privind procedura insolvenței, reiese principiul consacrat de legiuitor, conform căruia atribuțiile judecătorului-sindic sunt circumscrise verificării legalității actelor de procedură, în timp ce creditorilor le revin atribuțiile vizând managementul procedurii.

3.1. Limitele competenței judecătorului-sindic din perspectiva / prisma verificărilor de legalitate pe care acesta le poate efectua, astfel cum au fost statuate de Curtea Constituțională a României

Curtea Constituțională a României a statuat, în mod constant, că dispozițiile legii insolvenței stabilesc competențele exclusive în cadrul procedurii insolvenței, motiv pentru care, judecătorul-sindic realizează controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului și soluționează procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței.

Analizând limitele competenței judecătorului-sindic prin prisma verificărilor de legalitate pe care acesta le poate întreprinde, într-o serie de decizii pronunțate de-a lungul timpului, Curtea Constituțională[6] a României a decis următoarele:

"Delimitarea prin lege a competențelor tuturor celor implicați în procedura prevăzută de legea insolvenței stabilește cadrul procesual în care părțile își pot exercita eficient drepturile procesuale. Extinderea competenței judecătorului-sindic asupra controlului oportunității deciziilor adoptate în activitatea de administrare a debitorului ar constitui o depășire a atribuțiilor instanțelor judecătorești, o intervenție inadmisibilă în activitatea de organizare și funcționare a unei societăți comerciale. Controlul exercitat de instanță trebuie să se limiteze la aspectele de legalitate ale deciziilor manageriale, iar nu să cenzureze opțiunile considerate oportune de către persoanele competente legal

[6] Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 40 din 30 ianuarie 2018, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 565 din 5 iulie 2018 și Decizia nr. 525 din 9 aprilie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 430 din 24 iunie 2009

în exercitarea atribuțiilor de administrare, respectiv administratorul judiciar sau lichidatorul."

Curtea Constituțională a procedat la analiza atribuțiilor judecătorului-sindic din perspectiva legalității într-o altă decizie[7], unde obiectul excepției de neconstituționalitate l-au reprezentat prevederile art. 101 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, vizând chestiunile legate de confirmarea planului de reorganizare.

În considerentele deciziei Curtea Constituțională a reținut că, potrivit dispozițiilor de lege criticate, în scopul administrării eficiente a procedurii reglementate de Legea nr. 85/2006, planul de reorganizare este confirmat de judecătorul-sindic după depunerea, la tribunal, de către administratorul judiciar, a procesului-verbal al adunării creditorilor prin care acesta a fost aprobat. Înainte de confirmarea lui, judecătorul-sindic poate să ceară unui practician în insolvență să își exprime o opinie privind posibilitatea de realizare a planului. În vederea confirmării planului de reorganizare, judecătorul-sindic analizează întrunirea cumulativă a celor cinci condiții prevăzute la art. 101 alin. (1) lit. A-E din Legea nr. 85/2006.

Curtea Constituțională a notat că: "(...) atribuția judecătorului-sindic vizează admiterea şi confirmarea planului de reorganizare după votarea şi aprobarea lui de către adunarea creditorilor. Curtea apreciază că, din redactarea întregii legi privind procedura insolvenței, rezidă principiul stabilit de legiuitor, potrivit căruia atribuțiile judecătorului-sindic sunt cele de verificare a legalității actelor de procedură, iar atribuțiile creditorilor privesc managementul procedurii. Astfel apare necesar un control de legalitate a actelor de procedură, în condițiile în care nu toți reprezentanții creditorilor dintr-o procedură au pregătire juridică. Nu se poate deduce că se încalcă dreptul creditorilor de a vota sau nu un plan de reorganizare atâta vreme cât la admiterea planului de către judecătorul-sindic sunt audiați şi reprezentanții creditorilor, respectiv comitetul acestora, care, în orice procedură, este constituit din creditorii ce dețin cele mai mari creanțe şi care au astfel un vot hotărâtor în cadrul adunării generale a creditorilor, aşa cum este cazul şi în prezenta speță. Sub acest aspect, textul de lege criticat nu contravine prevederilor art. 21 din Constituție.

De altfel, în temeiul dispozițiilor art. 98 alin. (2) şi (3) din Legea nr. 85/2006, care constituie norme de procedură a căror stabilire, potrivit prevederilor art. 126 alin. (2) din Constituție, intră în atribuțiile exclusive ale legiuitorului, voința acestuia a fost aceea de a asigura creditorilor votanți un minim de cadru legal şi de conținut pentru prezentarea unui plan serios şi realizabil. Planul de reorganizare trebuie să cuprindă informații suficiente care să ofere posibilitate

[7] Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 148 din 21 februarie 2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 268 din 2 mai 2012 şi Decizia nr. 687 din 20 mai 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 402 din 17 iunie 2010.

creditorilor de a-şi forma o opinie cu privire la modalitatea de realizare a acestuia. Prezentarea generală a unor intenţii nu poate fi calificată ca informaţie certă, planul trebuind să prevadă în mod concret resursele de finanţare şi fluxurile sale financiare, profitul şi lichidităţile estimate din care urmează a se achită atât datoriile curente, cât şi cele anterioare deschiderii procedurii."

3.2. Chestiuni vizând nelegalitatea hotărârilor adunării creditorilor

Acțiunea având ca obiect anularea hotărârilor adunării creditorilor este dată de legiuitor în competența judecătorului-sindic, astfel cum rezultă expres și din dispozițiile art. 45 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 85/2014.

În cuprinsul art. 48 alin. (7) din Legea nr. 85/2014, se prevede că: „*Hotărârea adunării creditorilor poate fi anulată de judecătorul-sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective şi au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum şi la cererea creditorilor care au lipsit motivat de la şedința adunării creditorilor sau ale căror voturi nu au fost consemnate în procesul-verbal întocmit. Hotărârea, cu excepția celei prin care a fost desemnat, poate fi atacată, pentru motive de nelegalitate, şi de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar".*

În consecință, judecătorul sindic, analizând o astfel de acțiune, poate dispune desființarea hotărârea adunării creditorilor exclusiv când îi sunt invocate și constată că au fost înfrânte chestiuni de legalitate, oportunitatea acesteia neintrând în atribuțiile de verificare ale instanței.

a) Elementele de nelegalitate clasice ce pot forma obiect al cenzurii realizată de judecătorul-sindic, din perspectiva controlul de legalitate a hotărârii adunării creditorilor, vizează condițiile în care voința creditorilor a fost exprimată, adică respectarea acelor reguli pe care legea le edictează pentru acest demers.

Cele mai uzuale motive invocate atunci când în discuție se află nelegalitatea hotărârii adunării creditorilor vizează următoarele aspecte: respectarea termenului de publicare a convocării, respectiv cu cel puțin 5 zile înainte de data adunării creditorilor, în Buletinul Procedurilor de Insolvență, în conformitate cu prevederile art. 42 alin. (1) din Legea nr. 85/2014; respectarea cvorumului de prezență, prevăzut la art. 49 alin. (l) din Lege; respectarea cvorumului de vot la adoptarea deciziilor, astfel cum acesta este reglementat la același art. 49 alin. (1) din Lege; discutarea unor probleme care nu se găsesc în ordinea de zi publicată; consemnarea voturilor exprimate de către creditori și a deciziilor adoptate de către aceștia în cuprinsul unul proces-verbal de ședință, astfel cum este prevăzut la art. 48 alin. (6) din Lege; calculul greșit al valorii totale a creanței ori determinarea eronată a cvorumului de prezență la vot; aspecte care vizează votul unor creditori care nu au îndreptățirea legală să voteze. Doar atunci când se constată că regulile edictate de lege pentru exprimarea unei atare voințe au fost încălcate în cadrul procedurii insolvenței se impune anularea hotărârii adunării creditorilor pentru aspectele avute în vedere.

b) În afară de cele menționate, tot pe cale jurisprudențială[8] s-a decis că, în cadrul acțiunii în anulare pot fi invocate doar motive de nelegalitate ale hotărârilor adunării creditorilor determinate de nerespectarea dispozițiilor legale privind convocarea adunării, cvorumul de prezență sau cel de vot, „nefiind permis a contesta aceste hotărâri pentru a repune în discuție modalitatea de derulare a întregii proceduri de insolvență. Pentru toate celelalte nemulțumiri ale creditorilor relativ la măsurile luate de către administratorul/lichidatorul judiciar participanții la procedură au la dispoziție căile legale".

c) Pentru situația în care creditorii majoritari aleg să abuzeze de puterea ce le-a fost recunoscută, se impune să fie sancționați prin înlăturarea semnificației valorii creanței pe care aceştia o dețin, întrucât dreptul de vot trebuie exercitat de creditorii participanți potrivit scopului social-economic pentru care a fost instituit, exercitarea lui trebuie să aibă în vedere comunitatea de interese aparținând tuturor participanților la procedura concursuală.

Exercitarea drepturilor recunoscute creditorilor participanți în procedura colectivă este subsumată mai multor principii, principiul adoptării deciziilor prin votul majorității, principiul forței obligatorii a hotărârilor masei credale și principiul opozabilității hotărârilor față de toți creditorii fiind doar câteva dintre aceste repere. Alături de acestea, funcționează întotdeauna principiul exercitării cu bună-credință a drepturilor recunoscute de lege, în cadrul limitelor externe și interne ale acestor drepturi.

Astfel, într-o decizie de speță[9], creditoarea a susținut existența abuzului de drept sens în care a evocat legătura strânsă dintre creditorii majoritari, precum și a faptului că aceştia sunt direct interesați în temporizarea adoptării regulamentului de valorificare, întrucât o parte dintre ei locuiesc în imobilele supuse valorificării. S-a arătat că, din faptul nepropunerii unei alte strategii de valorificare, într-un termen care să răspundă exigențelor legate de celeritate, din împrejurarea neexprimării unor obiecțiuni fundamentate, rezultă indubitabil reaua-credință a creditorilor majoritari față de continuarea procedurii de valorificare a bunurilor debitorului.

Judecătorul sindic a admis acțiunea formulată de creditoare, soluția fiind menținută de instanța de control judiciar care, în considerentele deciziei pronunțate a reținut că: „prin conduita sa, majoritatea cerută de art. 15 din Legea nr. 85/2006 a obliterat procedura de lichidare a patrimoniului falitului prin neasumarea regulamentului de valorificare a activelor, fără formularea unor obiecțiuni serioase.

Blocarea procesului de valorificare a activelor destinat acoperirii datoriilor, fără formularea unor critici rezonabile timp de peste un an de expirarea regulamentului anterior, (adoptat și el numai pe temeiul unei hotărâri

[8] C. Ap. Cluj, s. a II-a civ., dec. nr. 3265 din 18 martie 2013, disponibilă la *www.rolii.ro.*

[9] C. Ap. Cluj, s. a II-a civ., dec. nr. 152 din 13 septembrie 2018, disponibilă la *www.rolii.ro.*

judecătorești care s-a substituit voinței creditorilor majoritari) se impunea a fi amendată potrivit regulilor aplicabile în materia abuzului de drept.

Din această perspectivă, hotărârea primei instanțe este corectă, recurentul nefăcând dovada faptului că circumstanțele avute în vedere la data validării, pe cale judiciară, a primului regulament de valorificare s-ar fi schimbat în mod substanțial.

De altfel, nu transpare din ansamblul probatoriului administrat împrejurarea că s-ar fi solicitat (în conformitate cu procedurile legale) reevaluarea activelor suspuse lichidării.

Ținând cont de circumstanțele litigiului se poate conchide asupra faptului că, creditori majoritari și-au exercitat în mod abuziv dreptul de vot în ședințele adunărilor generale ale creditorilor (realizate în intervalul septembrie 2016 - noiembrie 2017) având ca obiect aprobarea regulamentului de valorificare a bunurilor.

Scopul procedurii îl constituie stingerea pasivului. Atingerea acestui obiectiv presupune, ținând cont de stadiul procedurii colective în care se află debitoarea, lichidarea activelor existente în patrimoniul acesteia.

Este important de subliniat faptul că aproape trei ani de la deschiderea procedurii falimentului procedura de lichidare a activelor se află în impas, deblocarea acesteia fiind posibilă doar în contextul validării unui nou regulament de valorificare.

Dreptul de vot trebuie exercitat de creditorii participanți potrivit scopului social-economic pentru care a fost instituit, exercitarea lui trebuie să aibă în vedere comunitatea de interese aparținând tuturor participanților la procedura concursuală.

Or, circumstanțele cauzei relevă indubitabil faptul că dreptul de vot a fost exercitat de creditorii majoritari cu depășirea limitelor în care a fost recunoscut, remediul dispus de prima instanță fiind conform scopului procedurii concursuale."

Într-o altă decizie de speță a fost invocată și analizată existența abuzului de drept, de această dată instanțele constatând că hotărârea adunării creditorilor este legală.

Sub aspectul situației de fapt, menționăm că, a fost formulată o contestație de creditoarea (bancă) SA, împotriva hotărârii adunării creditorilor societății debitoare (D) SRL, din data de 19.03.2019, prin care a solicitat anularea hotărârii menționate, cu privire la punctele 5 și 6, anularea votului exprimat de creditorul (C2), cu privire la punctele 5 și 6, precum și, anularea procesului verbal al adunării creditorilor din data de 19.03.2019, cu privire la punctele 5 și 6.

S-a reținut că, hotărârea adunării creditorilor debitoarei din 19.03.2018 a avut pe ordinea de zi mai multe puncte, printre care și cele contestate, respectiv punctul 5 ce viza, prezentarea Regulamentului de valorificare și supunerea spre aprobare a strategiei de valorificare, pentru ipoteza aprobării variantei

valorificării proprietății, și punctul 6 respectiv supunerea spre aprobare a remunerației de succes a administratorului judiciar.

Din conținutul procesul verbal al adunării generale a creditorilor debitoarei (D) SRL, întocmit la data de 19.03.2019, a rezultat că, la ședință, au participat, creditorii (bancă), care deține 43,5146% din totalul masei credale și SC (C2) SA, care deține 56,35% din totalul masei credale, în total reprezentând, 99,8646% din totalul creanțelor înscrise în tabelul definitiv. Acești creditori și-au manifestat votul prin corespondență.

Contestatoarea (bancă), în privința punctului 5 al ordinii de zi a cerut prorogarea aprobării strategiei de valorificare și a Regulamentului de valorificare, propuse pentru imobilul situat în (...), ipotecat. În privința punctului 6, (bancă) propune și aprobă un onorariu de succes de 2% din sumele distribuite creditorilor, în situația vânzărilor de active în termen de 24 de luni.

Atât judecătorul sindic cât și instanța de control au reținut că, (C2), creditorul majoritar a votat la punctul 5, în sensul că a acceptat valorificarea prin metoda negocierii directe, conform Regulamentului de valorificare, pe care l-a aprobat, iar la punctul 6, a fost de acord cu remunerația de succes a administratorului judiciar în procent de succes variabil de: i) 10% din sumele ce se vor obține, în ipoteza obținerii resurselor, în termen de 1 an de la data ședinței AGC și ii) 7% din sumele ce se vor obține, pentru ipoteza obținerii resurselor, în termen de peste 1 an de zile de la data ședinței AGC.

Procedând la centralizarea voturilor exprimate de cei doi creditori, pentru punctele 5 și 6, înscrise pe ordinea de zi, administratorul judiciar a stabilit că, hotărârile luate, sunt în sensul votului exprimat de creditorul majoritar (C2) SRL.

În ceea ce privește abuzul de drept al creditorului majoritar, chestiune dezvoltată de apelantă, prin memoriul depus la dosar, instanța de control a apreciat că nu poate fi reținut, în situația de față.

În considerentele deciziei sale, Curtea de apel[10] a notat că: "în cuprinsul art. 15 din Codul civil se arată că, niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe, iar în art. 14 alin. (1) și (2) din Cod se prevede că, orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, dar și că, buna-credință se prezumă până la proba contrară.

Rezultă din cuprinsul acestor texte, că orice persoană își poate exercita drepturile și executa obligațiile cu bună credință, în acord cu ordinea publică și cu bunele moravuri, iar buna credință se prezumă până la proba contrară.

Specificul procedurii insolvenței este dat de faptul că aceasta este reglementată prin dispoziții legale speciale, scopul ei fiind instituirea unei proceduri colective și concursuale pentru acoperirea pasivului debitorului. În

[10] C. Ap. Oradea, s. civ., dec. nr. 176 din 16.07.2020, disponibilă la *www.rolii.ro*.

această procedură, fiecare creditor își urmărește propriul interes direct proporțional cu procentul votului ce se raportează la cuantumul creanței sale. În aceste circumstanțe, votul exprimat în cadrul ședințelor adunării creditorilor poate fi considerat abuziv doar atunci când se probează acte comisive sau omisive în dezacord cu ordinea publică sau bunele moravuri.

Însă, în cauza de față, contestatoarea nu a invocat și probat astfel de acte, neputându-se astfel accepta ideea unei prezumții de rea credință.

Faptul că, creditoarea intimată a votat în sensul acceptării valorificării imobilului aflat în garanția apelantei, prin metoda negocierii directe, conform Regulamentului de valorificare, pe care îl aprobă, respectiv, că a fost de acord cu remunerația de succes propusă de administratorul judiciar, nu poate duce, de plano, la concluzia că acesta a acționat cu rea credință și contrar scopului recunoscut de lege, în condițiile în care, (C2) SRL, are calitatea de creditor în cadrul procedurii, exercitându-și votul potrivit propriilor interese. "

d) O *altă perspectivă de analiză a problemei vizând limitele* în care se realizează controlul efectuat de judecătorul-sindic, atunci când este învestit cu acțiunea în anularea hotărârii creditorilor este cea în care se invocă pretinsa nelegalitate a adunării creditorilor generată de existența unui conflict de interese, sens în care se invocă incidența art. 51 alin. (5) din Legea nr. 85/2014.

Dispozițiile art. 51 alin. (5), stipulează că, dacă un membru al comitetului creditorilor se află, din cauza interesului propriu, în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se va abține de la vot, sub sancțiunea anularii deciziei Comitetului creditorilor, dacă fără votul său nu s-ar fi întrunit majoritatea cerută.

Analizând conținutul dispoziției legale enunțate rezultă indubitabil că această ipoteză intervine doar atunci când decizia este luată de către comitetul creditorilor, iar nu și în situația deciziei luată în adunarea generală a creditorilor, iar abținerea de la vot vizează votul exprimat în comitetul creditorilor.

Conflictul de interese și, corelativ, obligația de a se abține de la vot este menționată expres de legea insolventei doar pentru două situații, pentru ipoteza în care voturile sunt exprimate în cadrul ședinței comitetului creditorilor - art. 51 alin. (5) – și, respectiv, în cuprinsul art. 138 alin. (5), din capitolul privind planul de reorganizare, context în care apreciem că normele juridice instituite de aceste texte sunt de strictă interpretare și nu pot fi extinse la alte situații decât cele prevăzute de lege, întrucât s-ar adăuga la lege.

În jurisprudență[11] s-a decis că, " (...) abținerea de la vot în cazul conflictului de interese reprezintă o limitare a drepturilor creditorilor, fiind o excepție, deci este de strictă interpretare, neputând fi extinsă în alte situații decât cele strict și limitativ prevăzute de lege, în speță, la votul exprimat în desemnarea comitetului creditorilor.

[11] C. Ap. Timișoara, decizia nr. 296/R din 08.05.2014 disponibilă pe *portal.just.ro.*

Cum legea nu prevede nicio interdicţie în desemnarea comitetului creditorilor, nici judecătorul sindic şi nici instanţa de recurs nu poate restrânge dreptul unui creditor fără să existe un temei legal în acest sens.

Dispoziţiile art. 16 alin. (4) din Legea nr. 84/2006, interpretate în mod corect de către judecătorul sindic, prevăd că *„în cadrul primei şedinţe a adunării creditorilor, aceştia vor putea alege un comitet format din 3 sau 5 creditori dintre cei cu creanţe garantate, bugetari şi cei chirografari, dintre primii 20 de creditori în ordinea valorii, care se oferă voluntar; comitetul astfel desemnat va înlocui comitetul desemnat anterior de judecătorul-sindic".*

Astfel, dispoziţia legală impune doar condiţia că la alegerea comitetului creditorilor să participe creditori din primii 20 în ordinea valorii care s-au oferit voluntar, însă dintre aceştia pot fi aleşi oricare. În acest sens este interpretarea sistematică si gramaticală art. 16 din lege, precum şi art. 16 alin. (5) care reglementează situaţia în care nu se obţine majoritatea necesară.

Prin urmare, în speţă, creditorii aleşi în comitet, în urma voturilor valabil exprimate în adunarea de la 11.02.2013, fac parte din primii 20 de creditori înscrişi în tabel în ordinea valorii şi au întrunit majoritatea cerută de lege.

Cum legea nu impune ca din comitetul creditorilor să facă parte creditorii ce deţin cele mai mari creanţe, o astfel de condiţie nu poate fi impusă de anumiţi creditori ci poate fi realizată doar prin votul majorităţii prevăzut de art. 15 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei.

Împrejurarea că există creditori cu creanţe mai mari decât cele ale creditorilor din comitet nu împietează asupra legalităţii alegerii comitetului creditorilor cât timp condiţiile legale în desemnarea acestora au fost respectate.

În ceea ce priveşte conflictul de interese invocat, al celor trei creditori care au o structură a acţionariatului/asociaţilor comună cu debitorul S.C. C. S.A, Curtea constată că nici o dispoziţie a Legii nr. 85/2006 nu interzice creditoarelor S.C. I.M. S.R.L, S.C. I.O. S.R.L. si S.C. G.M.C. S.R.L., să facă parte din comitetul creditorilor, compus din 5 creditori.

Judecătorul sindic în mod corect a reţinut că, contestatoarele nici nu au precizat în ce constau „interesele contrarii" ale membrilor comitetului creditorilor contestaţi şi nici în ce ar consta aceste interese în detrimentul altor creditori. Împrejurarea că cei trei creditori fac parte din acelaşi grup de societăţi nu dovedeşte conflictul de interese.

Faptul că cei trei creditori şi debitorul, aflat sub incidenţa Legii nr. 85/2006, au creanţe reciproce nu privează aceşti creditori de a vota în prezenta procedură, în condiţiile în care există dispoziţii speciale în legea insolvenţei cu privire la compensarea creanţelor reciproce, compensare ce poate avea loc numai în condiţiile prevăzute de dispoziţiile art. 52 din Legea nr. 85/2006 şi care poate fi supusă verificării în cadrul unor contestaţii.

Dispoziţiile art. 17 alin. (5) din lege, care stipulează că *„dacă un membru al comitetului creditorilor se află, datorită interesului propriu, în conflict de interese*

cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se va abține de la vot'', se referă la hotărârile ulterioare desemnării comitetului creditorilor, hotărâri ce se vor lua în comitetul creditorilor, hotărâri ce pot fi atacate separat.

Aspectele invocate de recurente privind conflictul de interese al celor trei membri aleşi în comitetul creditorilor nu constituie motive de nelegalitate a hotărârii adunării creditorilor din data de 11.02.2013, aceasta fiind ţinută cu respectarea dispoziţiilor art. 14 şi urm. din legea insolvenței.

Cu privire la pretinsa ineficiență a comitetului creditorilor, judecătorul-sindic a reținut în mod corect că articolul 17 alin. (5), din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, invocat de recurenta CEC Bank, nu impune înlăturarea sau imposibilitatea alegerii în comitetul creditorilor a unor creditori cu interes în conflict cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, ci impune doar ca acesta să se abțină de la vot la deliberarea asupra acelui interes.

De asemenea, în mod corect a reținut judecătorul sindic că nu se poate stabili la alegerea comitetului creditorilor că unul sau mai mulți membri ai acestuia sunt in conflict de interese la toate chestiunile supuse dezbaterii comitetului, fiecare deliberare urmând a fi contestată şi analizată individual.

Susținerea creditoarei recurente BCR SA că nelegalitatea Hotărârii adunării creditorilor este determinată de nelegalitatea tabelului preliminar de creanțe şi că după soluționarea contestațiilor la tabelul preliminar de creanțe se va obține o altă majoritate la luarea deciziilor, este un aspect ce nu face obiectul cauzei, soluționarea contestațiilor la tabelul preliminar de creanțe, fiind reglementată de alte dispoziții legale.

Modificarea valorii totale a creanţelor potrivit tabelului definitiv de creanțe nu duce la anularea hotărârii legal luate anterior ci are efecte doar pentru viitor potrivit alin. (2) al art. 15 din legea insolvenței, astfel că chiar şi în situația în care tabelul preliminar de creanțe va fi modificat, acest fapt nu aduce atingere hotărârii luate de creditori în cadrul primei adunări a acestora.

În consecință, Curtea a respins recursurile formulate ca fiind neîntemeiate, menținând în tot hotărârea recurată".

3.3. Limitele aspectelor de nelegalitate supuse verificării judecătorului sindic în etapa confirmării planului de reorganizare

Confirmarea planului de reorganizare, în raport de exigențele solicitate prin art.139 din Lega nr. 85/2014, constituie o etapă în care judecătorul sindic realizează atât o verificare a respectării condițiilor de vot, ca în etapa aprobării planului de către creditori dar întreprinde şi un veritabil control de legalitate a acestuia, concluzie care se poate deduce din analiza prevederilor art.139 alin.1 lit. F din Legea nr. 85/2014, care stipulează că planul trebuie să respecte, din punct de vedere al legalității şi viabilității, prevederile art.133.

Astfel, intră în sfera aspectelor de legalitate controlul realizat de judecătorul sindic din perspectiva respectării termenului de depunere a planului, a persoanei abilitate în acest sens dar mai ales a conținutului planului de reorganizare propus, menționate de art. 45 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, iar nu a celui de oportunitate, aflat la îndemâna creditorilor debitoarei insolvente.

Într-o decizie de speță[12] judecătorul sindic a infirmat planul de reorganizare propus de către societatea debitoare, prin administrator special, iar în temeiul dispozițiilor art. 145 alin. (1) lit. b) teza a II-a din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței şi de insolvență, a dispus începerea procedurii generale a falimentului debitoarei.

În calea de atac a apelului, societatea debitoare, prin administrator special, a criticat soluția dată invocând imposibilitatea judecătorului-sindic de a se pronunța cu privire la conținutul planului din punctul de vedere al realizării lui, argumentând că acest aspect poate fi confirmat doar de un specialist, conform art. 139 alin. (1) din Legea nr. 85/2014.

Analizând această critică, instanța de apel a notat că, "Potrivit dispozițiilor art. 133 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, planul de reorganizare trebuie să indice perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile şi specificul activității debitorului, cu mijloacele financiare disponibile şi cu cererea pieței față de oferta debitorului şi va cuprinde măsuri concordante cu ordinea publică, inclusiv în ceea ce priveşte modalitatea de selecție, desemnare şi înlocuire a administratorilor şi a directorilor.

Curtea a evidențiat că dispozițiile art. 133 din Legea nr. 85/2014 reprezintă sediul materiei în ceea ce privește: (i) perspectivele de redresare, aspectele financiare şi manageriale; (ii) programul de plată al creanțelor; (iii) regulile de tratament al creanțelor prin planul de reorganizare şi (iv) măsurile adecvate de implementare a planului de reorganizare.

Dispozițiile art. 133 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, care reglementează obligativitatea includerii programului de plăți în cadrul planului de reorganizare, trebuie corelate cu noua definiție a „programului de plăți", cuprinsă în pct. 53 al art. 5, care prevede următoarele elemente de noutate: (i) programul de plăți este un grafic de achitare a creanțelor (concept economic) şi (ii) eliminarea trimiterii pe care o făcea fostul pct. 22 al art. 3 din Legea nr. 85/2006 la „fluxul de numerar aferent planului de reorganizare", întrucât programul de plăți include creanțele anterioare deschiderii, iar nu cele curente.

Curtea a constatat că planul de reorganizare nu cuprinde o analiză a mijloacelor financiare de care societatea dispune şi a surselor de proveniență, perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile şi specificul activității

[12] Curtea de Apel Iași, Secția civ., dec. nr. 679 din 17 octombrie 2016, în C.A. Susanu, *Procedura insolvenței. Parte generală. Practică judiciară*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 104-120.

debitorului pentru a se putea aprecia că planul ar avea şanse obiective de realizare.

Prin motivele de apel se susține că în cuprinsul planului de reorganizare este specificată activitatea principală a debitoarei, respectiv de protecţie şi gardare, arătându-se că intrarea în reorganizare este susținută de o serie de elemente, respectiv: societatea deține un portofoliu de contracte care să-i permită acoperirea necesarului de resurse pentru achitarea datoriilor curente, societatea debitoare deține expertiza necesară, se bucură de prestigiu, are personal calificat angajat.

Recunoaște apelanta că în fața instanței de fond nu a depus cele peste 500 de contracte de muncă pe care le avea debitoarea cu agenții de pază la momentul respectiv, motivând că nu a dorit să împovăreze instanţa cu hârtii.

Apreciază că era suficient doar să facă vorbire despre aceste contracte în cuprinsul planului de reorganizare, fără să fie necesară depunerea lor în fizic.

În fața instanței de fond, la termenul de judecată din 26 septembrie 2016, debitoarea, prin lichidator judiciar, a precizat că la acest moment numărul de salariați a scăzut de la 636 la mai puțin de 300 de contracte de muncă, situație în care s-a ajuns datorită pronunțării hotărârii de intrare în faliment.

În raport de cele anterior expuse, rezultă cu evidență că în cuprinsul planului propus nu se prevăd care sunt mijloacele financiare efective de care debitoarea dispune, în sensul că nu există informații care să permită concluzia sau speranța legitimă că se vor încheia contracte potrivit obiectului de activitate.

Este normal ca planul de reorganizare să arate perspectivele reale de reorganizare ale debitoarei, raportat la activitatea ce ar urma să fie desfăşurată de acesta, indicând şi sursele financiare ale planului, care trebuie sa fie susținute de probatorii indubitabile.

În condițiile în care la acest moment numărul de salariați ai debitoarei a scăzut la mai puțin de jumătate, aceasta nu mai are cu cine să desfășoare activitățile specifice obiectului său, respectiv de protecţie şi gardare, planul de reorganizare neavând o posibilitatea obiectivă de realizare față de specificul activității debitorului, în contextul intervenirii modificărilor anterior evocate.

A reținut instanța de fond că informațiile cu privire la obiectul de activitate concret al debitoarei sunt neclare, câtă vreme din cuprinsul planului rezultă că obiectul principal de activitate actual este cel de „activități de protecţie şi gardă”, împrejurare ce nu este în corelație cu prevederile de la capitolul „resurse financiare şi cheltuieli aferente executării planului” (fila xxx vol. 7 tribunal), unde se face vorbire despre resurse provenite din „activitatea de executare lucrări în domeniul construcțiilor” sau „finalizarea investițiilor în curs”, și nici cu prevederile din plan stipulate la fila xxx vol. 7 dosar fond, unde planul face referire la „resurse financiare obținute din activitatea curentă de închiriere”.

Prin motivele de apel, nu se fac niciun fel de precizări referitoare la sursa acestor inadvertențe.

Judecătorul-sindic a reținut și că planul de reorganizare nu cuprinde o analiză a fluxului de numerar (buget de venituri-cheltuieli), care să fie întemeiată pe informații concrete, prin care să demonstreze care sunt cheltuielile efective de realizat (cu salariații, cu activitatea etc.), din ce resurse (contracte etc.) și în ce moment ar fi realizate veniturile.

La dosarul cauzei pentru perioada de observație nu s-au depus situațiile de încasări și plăți și/sau acte din care să se dovedească faptul că debitoarea a desfășurat o activitate profitabilă și a realizat venituri în această perioadă.

Prin motivele de apel nu se face o analiză a acestui aspect, spunându-se doar generic că au fost depuse situațiile de încasări și plăți care să dovedească faptul că debitoarea a desfășurat activitate și a realizat venituri în această perioadă.

Curtea evidențiază că printre noile mențiuni pe care trebuie să le cuprindă în mod obligatoriu planul de reorganizare este și aceea referitoare la „modalitatea de achitare a creanțelor curente", potrivit lit. e) a art. 133 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

Introducerea acestei prevederi rezidă, în primul rând, în argumente de logică și disciplină economică: dacă pentru creanțele anterioare procedura reorganizării oferă – temporar și condiționat – protecția unei eșalonări, pentru neplata creanțelor curente o astfel de justificare nu ar mai putea fi susținută, în caz contrar debitorul neputând fi considerat un debitor viabil, existând soluția eliminării acestuia din piață.

Creanțele curente se achită cu prioritate, chiar în cadrul programului de plăți, întrucât din orice sumă obținută din activitatea curentă sau din valorificarea activelor negrevate plata aferentă acestor creanțe se impută cu prioritate.

În cauza pendinte, în mod judicios a reținut judecătorul-sindic că în cuprinsul planului de reorganizare nu sunt oferite informații cu privire la creanțele curente (atât cele care s-au născut în perioada de observație, cât și cele ce se vor naște pe parcursul derulării planului).

Astfel, Programul de plată a creanțelor, din cadrul planului de reorganizare judiciară a debitorului, conține referiri doar la valoarea ratelor și termenele de plată, prin raportare la valoarea inițială a creanței înscrisă în tabelul definitiv.

Cu excepția onorariului administratorului judiciar, a cărui plată este inclusă în programul de plăți, planul nu face nicio referire la aceste categorii de creanțe curente.

În aceste circumstanțe, judecătorul-sindic a constatat că în perioada de observație s-a născut o creanță curentă a creditorului bugetar DRFP Iași în valoare de 1.096.804 lei, cu privire la care a fost depusă că o declarație de creanță încă din data de 30 octombrie 2015, motiv pentru care, la termenul de judecată

din data de 4 noiembrie 2015, administratorul judiciar a solicitat prorogarea discutării confirmării planului de către tribunal tocmai pentru analizarea acestei declarații de creanță, fără ca, ulterior, debitoarea şi, respectiv, administratorul judiciar să facă vreo precizare în acest sens.

Nu a putut fi primită critica apelantei potrivit cu care, instanța de fond a analizat, atunci când a dispus infirmarea planului de reorganizare, contestația formulată de creditorul bugetar DRFP Iași, din perspectiva datoriilor curente, deși aceasta făcea obiectul unui alt dosar cu termen pe 10 februarie 2016.

Câtă vreme printre mențiunile obligatorii pe care trebuie să le cuprindă planul de reorganizare este și aceea a „modalității de achitare a creanțelor curente", potrivit lit. e) a art. 133 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, judecătorul-sindic avea obligația legală de a face analiza acestui aspect.

Prin întâmpinarea formulată în apel, intimata DRFP Iași a susținut că, deși societatea a depus lunar declarații privind impozitele şi taxele rezultate din activitatea curentă, planul de reorganizare propune doar achitarea obligațiilor înscrise în tabelul preliminar al creanțelor (4.861.717 lei) şi nu prevede plata obligațiilor fiscale curente.

A apreciat aceeași intimată că esențială în soluționarea apelului ce formează obiectul prezentului dosar este analizarea pasivului societății, care a crescut semnificativ după data deschiderii procedurii insolvenței (28 ianuarie 2015), ceea ce face ca reorganizarea activității societății prin respectarea graficului de plăți să fie nerealizabilă.

Curtea a constatat pertinența susținerilor intimatei creditoare DRFP Iași, prin raportare la caracterul obligatoriu al cuprinderii în planul de reorganizare a „modalității de achitare a creanțelor curente", potrivit lit. e) a art. 133 alin. (4) din Legea nr. 85/2014.

Curtea a reținut că rapoartele de activitate întocmite de administratorul judiciar în perioada de observație, deși nu cuprind informații concrete cu privire la activitatea desfăşurată de debitoare, totuși din anexele la acestea se poate observa că debitoarea a înregistrat în această perioadă cheltuieli cu taxe si impozite, chirii, deplasări, servicii telefonie, materiale consumabile, salarii etc.

Rapoartele de activitate nu conțin informații cu privire la evoluția numărului de salariați ai debitoarei, cu privire la eventuale contracte aflate în derulare, contracte de închiriere, natura taxelor şi impozitelor şi cu privire la existența sau nu a unor creanțe curente.

De asemenea, planul nu prevede nici sursa din care vor fi obținute venituri pentru desfăşurarea curentă a activității societății pe perioada celor trei ani, pentru plata onorariului administratorului judiciar sau pentru plata chiriei pentru imobilul în care își are sediul, câtă vreme, potrivit informațiilor ORC, debitoarea are sediul social în Iaşi, în baza unui contract de locațiune.

Pe de altă parte, apelanta a învederat că deține și o serie de puncte de lucru, fără ca în planul de reorganizare să se evidențieze cum se va desfășura activitatea la aceste puncte de lucru și din ce surse va fi plătită chiria în cazul acestora.

Prin raportare la acest contract, în mod corect judecătorul-sindic a constatat că, pe de o parte, nu s-a făcut vorbire despre plata creanței reprezentând contravaloarea chiriei de după deschiderea procedurii şi nici în plan nu se prevede plata vreunei sume cu titlu de chirie pe perioada de trei ani, aceste sume având regimul unor creanțe curente, a căror prevedere în plan era obligatorie.

În consecință, prevederile planului sunt însă doar generale, planul nefiind viabil, prin raportare la elementele obligatorii prevăzute de art. 133 din Legea nr. 85/2014, astfel cum au fost anterior analizate. "

Pentru cele anterior expuse, Curtea a respins apelul formulat de societatea debitoare „FGM SD" SRL, prin administrator special, împotriva sentinței civile nr. 57/2016 din 20 ianuarie 2016, pronunțată de Tribunalul Iaşi, Secția a II-a civilă – faliment, hotărâre ce a fost păstrată.

3.4. Chestiuni vizând nelegalitatea măsurilor administratorului / lichidatorului judiciar

Împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar ori de lichidatorul judiciar, în desfășurarea procedurii insolvenței, poate fi formulată contestație de către debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori sau de orice altă persoană care dovedește un interes, astfel cum rezultă expres din conținutul art. 59 alin. (5) din Legea nr. 85/2014, care prevede sfera persoanelor cărora legea le conferă legitimare procesuală activă.

În contextul în care practicianul în insolvență este un interpus al instanței, aceasta urmează să aprecieze dacă contestarea în orice fel, de către orice parte interesată a modului în care practicianul își exercită atribuțiile, este sau nu întemeiată, în condițiile legii şi să dispună în consecință.

În doctrină[13] s-a evidențiat că, măsurile luate de administratorul judiciar ori de lichidatorul judiciar pot fi contestate "indiferent dacă au fost cuprinse sau nu în raportul de activitate pe care acesta are obligația să îl întocmească."

Într-o cauză[14], judecătorul sindic a fost învestit cu o contestația formulată de către creditorul B.S. împotriva raportului fondurilor și planului de distribuție a sumelor obținute din lichidarea activului patrimonial al debitoarei, întocmit de către lichidatorul judiciar al acesteia.

[13] N. Țăndăreanu, *Codul insolvenței comentat. Vol. I – art. 1-182*, Editura Universul Juridic, București, 2017 p. 170.

[14] C. Ap. Iași, s. civ., dec. nr. 25 din 22 Ianuarie 2019, disponibilă la *www.rolii.ro*.

În fapt, prin raportul fondurilor și planul contestate de creditor, s-a propus de către lichidatorul judiciar, distribuirea sumei de 198.984,14 lei (fără TVA) obținută prin vânzarea bunului imobil, spațiu comercial, situat în Iași, str. X, în favoarea creditorului garantat „B. GSG" SA.

Creditorul B.S. a contestat, în primul rând, aspectul conform căruia, din suma obținută în urma vânzării activului de mai sus, lichidatorul judiciar a distribuit în vederea plății onorariului practicianului în insolvență 30.345 lei (inclusiv TVA) la care se adaugă onorariu de succes de 11.839,56 lei (inclusiv TVA), deși nu a existat o hotărâre prealabilă în acest sens a adunării creditorilor debitoarei. Contestația a fost respinsă de judecătorul sindic.

În calea de atac, Curtea a reținut că legea insolventei a instituit cadrul general al ordinii plăților creanțelor, conform dispozițiilor art. 123 din Legea 85/2006, iar cu titlu particular, în cazul valorificării bunurilor debitoarei, grevate în favoarea creditorului de ipoteci, gajuri sau alte garanții imobiliare ori drepturi de retenție, a instituit ordinea îndestulării creanțelor, conform art. 121 alin. (1).

Ca și situație de fapt, s-a notat că, tribunalul a stabilit că activul patrimonial al debitoarei, situat în Iași, care a fost vândut cu suma de 198.984,14 lei, a fost ipotecat în favoarea creditoarei B. GSG SA, iar acest aspect nu a fost contestat de către recurent sau de către lichidatorul judiciar.

S-a reținut incidența dispozițiilor art. 121 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, potrivit cu care: „*Fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanții reale mobiliare ori drepturi de retenție de orice fel, vor fi distribuite în următoarea ordine:*

1. taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și plata remunerațiilor persoanelor angajate în condițiile art. 10, art. 19 alin. (2), art. 23 și 24;

1[1]. creanțele creditorilor garantați născute în timpul procedurii de insolvență după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan. Aceste creanțe cuprind capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel;

2. creanțele creditorilor garantați, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile, pentru creanțele născute înainte de deschiderea procedurii.

Curtea a notat că: "Potrivit interpretării dispozițiilor art. 121 din Legea nr. 85/2006, din fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, vor fi distribuite, conform alin. (1) punctul 1, sumele reprezentând onorariul lichidatorului judiciar.

În prezenta cauză, corect s-a dispus spre distribuire onorariul lichidatorului judiciar, din suma de suma de 198.984,14 lei, obținută din vânzarea imobilului ipotecat în favoarea creditoarei B. GSG SA, însă cuantumul onorariului a fost determinat greșit.

Cu privire la acest aspect, Curtea subliniază că, într-adevăr, în cadrul adunării creditorilor debitoarei SRL din data de 25.04.2014, ulterior deschiderii procedurii generale a insolvenței, s-a decis, cu majoritatea de 91,74% din totalul creanțelor, ca onorariul administratorului judiciar să fie de 500 lei lunar, la care se adaugă un procent de 5%+TVA din sumele obținute.

Însă, ulterior, prin sentința nr. 791 din 04.05.2016, Tribunalul Iaşi a deschis procedura de faliment față de debitoare, în calitate de lichidator judiciar fiind desemnat același practician în insolvență ce a avut calitatea de administrator judiciar.

Această sentință a stabilit cu putere de lucru judecat împrejurarea că, în lipsa unei convenții încheiate cu creditorii, lichidatorul judiciar să fie remunerat pe baza deconturilor aprobate de judecătorul-sindic, astfel că orice convenție a adunării creditorilor debitoarei anterioară sentinței nr. 791 din 04.05.2016, ce avea ca obiect remunerarea lichidatorului judiciar şi-a încetat efectele.

În consecință, stabilirea onorariului lichidatorului judiciar în baza adunării creditorilor debitoarei din data de 25.04.2014 este lipsită de temei legal, lichidatorul judiciar fiind îndreptățit să participe la distribuirea sumei obținute din vânzarea imobilului ipotecat în favoarea B. GSG SA, conform art. 121 alin1 punctul 1 din Legea nr. 85/2006 şi a sentinței nr. 791 din 04.05.2016, Tribunalul Iaşi, în baza deconturilor aprobate de judecătorul-sindic, atât timp cât nu a invocat şi nu a probat existența unei convenții încheiate cu creditorii cu privire la onorariul său, după momentul deschiderii procedurii de faliment față de debitoare.

În ceea ce priveşte critica referitoare la plata sumei de 2.250 lei (inclusiv TVA) - cheltuieli aferente procedurii de faliment şi 3.977,88 lei - cota de 2% către UNPIR, Curtea reține că, potrivit art. 121 alin.1 punctul 1 din Legea nr. 85/2006, se vor distribui – din suma de 198.984,14 lei, obținută din vânzarea imobilului ipotecat în favoarea B. GSG SA – doar acele cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea spațiului comercial, situat în Iaşi, st. X.

Astfel, lichidatorul judiciar, în mod greşit a inclus în planul de distribuire suma de 2.250 lei (inclusiv TVA), ce reprezintă cheltuieli aferente procedurii de faliment şi nu doar suma de bani aferentă conservării şi administrării activului patrimonial al debitoarei ipotecat în favoarea B. GSG SA.

Referitor la cota de 2%, stabilită conform prevederilor art. 4 alin. (6) lit. c) din Legea nr. 85/2006, Curtea notează că aceasta se aplică oricărei sume încasate în contul debitoarei după data deschiderii procedurii, iar în cazul falimentului se aplica doar la sumele obținute din recuperări de creante sau vânzari de active.

Prin urmare, sub acest aspect nu se poate retine o încălcare a prevederilor legale mai sus menționate atât timp cât cota de 2% s-a aplicat proporțional cu valoarea bunului imobil vândut."

În considerarea celor expuse, instanța de control judiciar, a admis recursul declarat de creditorul B. S. şi a modificat în tot sentința atacată în sensul că a

admis contestația acestuia şi a dispus anularea raportului fondurilor şi planului de distribuție a sumelor obținute din lichidarea activului patrimonial al debitoarei, întocmit de către lichidatorul judiciar dispunând refacerea raportului fondurilor şi planului de distribuție a sumelor obținute din lichidarea activului patrimonial al debitoarei, ipotecat în favoarea creditoarei B. GSG SA, în sensul deciziei pronunțate, ocazie cu care lichidatorul judiciar va avea în vedere, conform art.121 din Legea nr. 85/2006, în ceea ce priveşte remunerația sa, deconturilor aprobate de judecătorul-sindic, după pronunțarea sentinței nr. 791 din 04.05.2016, cheltuielile aferente conservării şi administrării activului patrimonial al debitoarei, ipotecat în favoarea B. GSG SA, precum şi cota de 2%, stabilită conform prevederilor art. 4 alin. (6) lit. c) din Legea nr. 85/2006.

4. Concluzii

Principiul legalității, este unul dintre principiile fundamentale ale procesului civil, fiind consacrat în cuprinsul art. 7 din Capitol II al Titlului preliminar din Cod de procedură civilă.

Cu toate că, în materia insolvenței, principiul legalității comportă particularități generate de specificul acestei proceduri, instanțelor judecătoreşti incluse în categoria "organelor procedurii" le revine obligația de a lua toate măsurile care se impun pentru ca acest principiu, alături de toate celelalte principii fundamentale ale procesului civil, să fie respectate de către părțile din litigiile deduse judecății, ele însele fiind ținute să respecte aceste principii.

Astfel cum am evidențiat în cele ce preced, atribuțiile judecătorului sindic sunt grupate în două categorii: jurisdicționale şi de control judiciar asupra activității administratorului judiciar şi a lichidatorului. În acest limite, aspectele de nelegalitate sunt supuse verificării de către judecătorului sindic.

Referințe

Boroi G. (coord.), *Noul Cod de procedură civilă, Comentariu pe articole Vol. I. Art. 1-526*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2013

Leş I., *Tratat de drept procesual civil, Vol. I, Principii şi instituții generale. Judecata în fața primei instanțe*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2014

Susanu C.A., *Procedura insolvenței. Parte generală. Practică judiciară*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2019

Țăndăreanu N., *Codul insolvenței comentat. Vol. I – art. 1-182*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2017

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-7

Atunci când 1+1+1 = 1 în cazul preempțiunii arendașului

When 1+1+1 = 1 in the Case of Pre-emption of the Tenant Farmer

CODRIN MACOVEI[1]

Rezumat: Arendașul beneficiază de un drept pe preempțiune modern reglementat odată cu adoptarea Legii arendării nr. 16/1994, obiectul său constituindu-l terenurile agricole. Noul Cod civil a înțeles să extindă acest drept asupra tuturor bunurilor agricole arendate (art. 1.849). Din păcate, regimul juridic al exercitării acestui drept a fost complicat de intrarea în vigoare a Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan [...]. Odată cu acest act normativ putem afirma că arendașul poate beneficia de trei drepturi de preempțiune: un drept convențional posibil să fie exercitat conform art. 1.730-1.740 Cod civil, un drept legal de preempțiune posibil să fie exercitat conform art. 1.730-1.739 Cod civil și încă un drept legal posibil să fie exercitat conform dispozițiilor Legii nr. 17/2014. Din păcate, acest ultim act normativ nu a lămurit cum se rezolvă concursul dintre aceste drepturi nici în ultimele sale modificări și completări. În prezentul articol vom încerca să decelăm dacă aceste drepturi pot fi exercitate în concurs sau dacă între acestea există o prioritate de aplicare.

Cuvinte-cheie: arendaș, preempțiune, preempțiune legală, preempțiune convențională, teren agricol, bunuri agricole

Abstract: The tenant farmer benefits from a modern pre-emption right regulated with the adoption of the Tenant Farming Law no. 16/1994, its object being the agricultural lands. The new Civil Code understood to extend this right over all leased agricultural goods (art. 1,849). Unfortunately, the legal regime of exercising this right was complicated by the entry into force of Law no. 17/2014 on some measures to regulate the sale of agricultural land located outside the built-up area [...]. Along with this normative act we can state that the tenant farmer can benefit from three pre-emption rights: a conventional right possible to be exercised according to art. 1,730-1,740 Civil Code, a legal right possible to be exercised according to art. 1,730-1,739 Civil Code and another possible legal right to be exercised according to the provisions of Law no. 17/2014. Unfortunately, this last normative act did not clarify how the competition between these rights is resolved even in its latest amendments and completions. In this article we will

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

try to find out if these rights can be exercised in competition or if there is a priority between them.

Keywords: tenant farmer, pre-emption, legal pre-emption, conventional pre-emption, agricultural land, agricultural goods

1. Când nu se îmbracă de la Prada, eroarea se ascunde în detalii

Într-un articol anterior, dedicat aniversării a cinci ani de la intrarea în vigoare a noului Codul civil și intitulat „Reglementarea dreptului de preempțiune în noul Cod civil – *rien ne va plus*?”[2], am concluzionat următoarele în legătură cu reimplementarea dreptului de preempțiune în legislația noastră națională și în legătură cu speranțele exprimate de legiuitor *vis-á-vis* de efectele sale:

«Cercul vicios al reformelor în acest domeniu pare fie angrenat din nou. Din nou guvernul actual discută despre limitarea dreptului cetățenilor străini de a cumpăra teren în țara noastră. Se discută amețitor, din nou despre limitarea suprafeței ce poate fi deținută de o persoană, de dovada deținerii de către aceasta a calităților/cunoștințelor necesare muncii terenului sau chiar de indisponibilizarea temporară. Ce urmează, naționalizarea marilor proprietăți pentru a închide complet cercul măsurilor juridice?

Soluțiile se găsesc cu adevărat în altă parte și nu în reutilizarea dreptului de preempțiune și a incapacităților de a dobândi. Doar politicile agricole sunt cele care pot oferi rezolvări durabile „chestiunii țărănești”. Doar astfel planurile de dezvoltare pentru viitorul țăranilor nu vor mai avea ca principală opțiune ca ei să rămână țărani, fiindcă asta este ceea ce realitatea arată că au reușit să le ofere reformele juridice. Guvernarea postcomunistă a refăcut de fapt, în mai mare, eroarea istorică dintre cele două războaie, calificată de cel mai celebru economist al agriculturii românești, Virgil Madgearu, drept „intervenționism de Stat haotic, spasmodic și supus tuturor întâmplărilor”.

Dacă se dorește însă și căutarea unor figuri juridice care să ofere alternative lumii rurale, atunci, poate, legiuitorul ar trebui să aibă mai mult curaj. Dincolo de preempțiune, se găsesc și instituții care răspund mult mai bine declarațiilor de intenție ale guvernanților, legiuitorului și partidelor politice: emfiteoza, e doar un exemplu.

Într-o perspectivă mai largă, apreciem că menirea și funcționarea dreptului de preempțiune au fost supraevaluate de către legiuitorul român cu consecințe deseori nefaste asupra practicii notariale și dezamăgire în rândul beneficiarilor actelor juridice din 1990 și până în prezent. Atât timp cât aceste

[2] C. Macovei, *Reglementarea dreptului de preempțiune în noul Cod civil – rien ne va plus*?, în volumul colectiv *5 ani de Cod civil – perspectiva notarială*, Editura Monitorul Oficial, București, 2016, pp. 293-313.

inconsistențe nu sunt aprofundate și asumate de legiuitorul român riscăm ca reforma dreptului de preempțiune să rămână *bonne à presque rien*!»

Din păcate, legiuitorul nostru pare să nu fie sensibil la astfel de relativizări și nici nu dorește să își asume orizonturi ceva mai largi de timp și gândire, ci continuă să dea dovadă de multă siguranță de sine pe calea dezvoltării legislației secundare, care în acest domeniul este reprezentată de Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan [...][3]. Astfel, ultima modificare operată prin Legea nr. 175/2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 17/2014[4] pare a duce la un nivel superior[5] eforturile statului în vederea atingerii scopurilor enunțate[6] chiar în art. 1.

În aprecierea efectelor produse de aceste ultime modificări putem trece cu vederea blocajul produs inițial veșnica inabilitate legislativă românească de a coordona punerea în aplicare cu fondul reglementării[7] și chiar și blocajul încă

[3] Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în M.O. nr. 178 din 12 martie 2014, cu modificările și completările ulterioare.

[4] Legea nr. 175/2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în M.O. nr. 741 din 14 august 2020, în vigoare din data de 13 octombrie 2020.

[5] A se vedea și M.C. Dobrilă, *Modificări/remake-uri recente ale Legii nr. 17/2014 cu privire la dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri agricole situate in extravilan, în lumina jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene*, Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice, LXVI/2020, nr. 2, pp. 25-46.

[6] „Art. 1. Scopurile prezentei legi sunt: a) asigurarea securității alimentare, protejarea intereselor naționale și exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național; b) stabilirea unor măsuri privind reglementarea vânzării terenurilor agricole situate în extravilan; 13/10/2020 - litera a fost modificată prin Lege 175/2020; c) comasarea terenurilor agricole în vederea creșterii dimensiunii fermelor agricole și constituirea exploatațiilor viabile economic".

[7] Pentru explicații, a se vedea, S. Chirică, M. Mitan, *Blocajul tranzacțiilor cu terenuri agricole extravilane*, on-line: https://www.hotnews.ro/stiri-specialisti_schoenherr_asociatii-24660220-blocajul-tranzactiilor-terenuri-agricole-extravilane.htm, consultat la data de 28.11.2021; R. Gheorghiu-Testa, *Modificarea condițiilor de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan*, on-line: https://www.hotnews.ro/stiri-specialisti_tuca_zbarcea_asociatii-24251453-modificarea-conditiilor-vanzare-terenurilor-agricole-situate-extravilan.htm, consultat la data de 28.11.2021; I. Roman, I. Porojan, *Noi condiții la cumpărarea terenurilor agricole din extravilan*, on-line: https://www.hotnews.ro/stiri-specialisti_filip_company-24236307-noi-conditii-cumpararea-terenurilor-agricole-din-extravilan.htm, consultat la data de 28.11.2021.

actual al vânzării terenurilor care au mai fost înstrăinate în ultimii opt ani, blocaj determinat de lipsa normelor de încasare a impozitului prevăzut pentru înstrăinarea prin vânzare a unui teren agricol situat în extravilan înainte de împlinirea a 8 ani de la cumpărarea sa de către vânzător (impozit de 80% din suma ce reprezintă diferența dintre prețul de vânzare și prețul de cumpărare, în baza grilei notarilor din respectiva perioadă); același impozit ar fi aplicabil și în cazul înstrăinării directe sau indirecte a pachetului de control al societăților care au în proprietate terenuri agricole situate în extravilan și care reprezintă mai mult de 25% din activele acestora (impozitul se aplică la diferența de valoare a terenurilor respective calculată pe baza grilei notarilor între momentul dobândirii terenurilor și momentul înstrăinării pachetului de control; în acest caz, impozitul pe profit privind diferența de valoare a acțiunilor sau părților sociale vândute se va aplica la o bază redusă proporțional cu procentul ponderii terenurilor agricole respective în activele fixe). Întrucât nerespectarea obligațiilor de plată a impozitului atrage nulitatea absolută a vânzării este evident de ce notarii, în lipsa oricăror norme privind încasarea acestui impozit, refuză autentificarea.

De asemenea, în același ton înțelegător și timorat de eventuala judecată aspră a căutării de „noduri în papură", putem să considerăm doar neinspirată introducerea mai multor termene de exercitare a dreptului de preempțiune cu moduri diferite de calcul. Astfel, Legea nr. 175/2020 prelungește termenul de exercitare a dreptului de preempțiune de la 30 de zile calendaristice la 45 de zile lucrătoare și completează procedura cu termenul de 30 de zile calendaristice stabilit pentru exercitarea intenției de cumpărare de către persoanele fizice și juridice în condițiile descrise la art. 4^1. Totodată, potrivit noii reglementări, primăriile vor fi obligate să notifice titularii dreptului de preempțiune despre înregistrarea ofertei de vânzare. Din punct de vedere practic, ne vin în sprijin dispozițiile Ordinului nr. 719/740/M.57/2333/2014[8] care adoptă Normele metodologice privind exercitarea de către Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale a atribuțiilor ce îi revin pentru aplicarea titlului I din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan [...], din 26.10.2020, care prin art. 2 lit. n) prevede că „calculul termenului exprimat în zile - când termenul se socotește pe zile, nu intră în calcul ziua de la care începe să curgă termenul, nici ziua când acesta se împlinește; dacă ultima zi a unui termen exprimat în zile este o zi de sărbătoare legală, duminică sau sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile

[8] Ordinul nr. 719/740/M.57/2333/2014 privind aprobarea normelor metodologice pentru aplicarea titlului I din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, cu modificările și completările ulterioare.

lucrătoare". Precizarea este utilă pentru a rememora dispozițiile Codului civil (art. 2.553) și pentru a se evita aplicarea altor soluții de calculare a termenelor, dar...în practica notarială se poate deja observa că primăriile au reale dificultăți în a calcula corect aceste termene, erorile fiind deseori de ordinul a 5-6 zile. Situația nu este îmbunătățită de prezența în timpul zilelor lucrătoare ale săptămânii a numeroaselor sărbători legale și/sau zile libere din calendarul național care fac și mai dificil calculul. Ar fi de dorit ca ministerul mai sus menționat să pună la dispoziția celor interesați o aplicație *on-line* de calcul al acestor termene. În plus, unele UAT-uri au propria viziune asupra momentului de la care ar curge termenul de 45 de zile. În practică, am putut observa următoarele soluții: a) de la momentul înregistrării, la primăria din raza unității administrativ-teritoriale unde se află terenul, a cererii prin care solicită afișarea ofertei de vânzare a terenului agricol situat în extravilan, în vederea aducerii acesteia la cunoștința peremptoriilor; b) de la momentul afișării ofertei de vânzare la sediul UAT-ului și, după caz, pe pagina de internet a acesteia; c) de la data notificării titularilor dreptului de preempțiune, la domiciliul, reședința sau, după caz, sediul acestora, iar în cazul în care titularii dreptului de preempțiune nu pot fi contactați, de la data notificării prin afișarea la sediul primăriei sau pe site-ul primăriei. Astfel, deși regulile de interpretare sistematică (*actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat* – cea ce ne interesează este momentul efectiv al informării preemptorilor*)* ar indica ca moment al începerii curgerii termenului de 45 de zile fie data notificării, fie în cazul imposibilității contactării data afișării la sediul primăriei sau pe site-ul primăriei, ar fi de dorit ca art. 7 din lege să fie amendat pentru a pune capăt acestor dificultăți, care au vocația de a vicia procedura respectării dreptului de preempțiune cu consecințe deocamdată și mai incerte. Ar reprezenta aceste calcule greșite erori materiale sau o viciere pe fond a procedurii respectării dreptului de preempțiune, ceea ce ar atrage sancțiunea nulității absolute prevăzute de art. 16 din lege?

În lumina celor de mai sus, și până a ajunge să tratăm subiectul propriu-zis al articolului nostru, putem deja observa că aplicarea noilor dispoziții care modifică și completează Legea nr. 17/2014 este de natură să îngreuneze și în niciun caz să faciliteze aplicarea și respectarea dreptului de preempțiune a arendașului. Nu ne-am propus să realizăm o analiză *in integrum* a oportunității modificărilor suferite de Legea nr. 17/2014, iar pentru o astfel de abordare putem indica tratarea realizată de M. G. Durnescu în lucrarea „Era necesară modificarea Legii nr. 17/2014 ce reglementează vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan?"[9].

[9] M.G. Durnescu, *Era necesară modificarea Legii nr. 17/2014 ce reglementează vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan?*, Revista Universul Juridic nr. 12, decembrie 2020, pp. 37-57.

2. Reality check: câte drepturi de preempțiune are arendașul?

Legiuitorul prevede în favoarea arendașului, în cadrul art. 1.849 din noul Cod civil, un drept de preempțiune la cumpărarea bunurilor agricole arendate, drept ce se exercită în condițiile art. 1.730-1.739 Cod civil. Procedura ce trebuie urmată este cea a ofertei de vânzare, iar acceptarea se face fie în termen de 10 zile, dacă bunurile agricole sunt bunuri mobile, fie 30 de zile, în cazul în care bunurile agricole sunt imobile. Contractul se consideră încheiat prin simpla acceptare a preemptorului, dacă dispozițiile legale nu reclamă alte condiții de formă pentru validitatea acestuia. Contractul având ca obiect bunuri agricole imobile intabulate poate fi încheiat direct cu un terț, acesta fiind afectat de condiția suspensivă a neexercitării preempțiunii. De asemenea, arendașul beneficiază de preempțiune inclusiv în cazul vânzării silite.

Față de dispozițiile noului Cod civil, ce reglementează dreptul de preempțiune al arendașului cu privire la bunurile agricole arendate – art. 1.849, Legea nr. 17/2014 are caracter special, reglementând un drept de preempțiune legal ce se exercită conform unei proceduri specifice. Astfel, arendașul, în temeiul Codului civil, beneficiază de drept de preempțiune asupra bunurilor agricole arendate, cu excepția terenurilor agricole, acestea din urmă reprezentând obiectul Legii nr. 17/2014. Așadar, norma specială vizează vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan cu respectarea dreptului de preempțiune conform unor reguli proprii.

Așa cum am arătat anterior, din data de 13 octombrie 2020, Legea nr. 17/2014 a suferit modificări importante, aduse prin intermediul Legii 175 din 14 august 2020. Prin aceasta, este extinsă sfera beneficiarilor dreptului de preempțiune și schimbată ordinea de prioritate[10], față de forma anterioară, care

[10] Art. 4 din Legea 17/2014, modificat: „ (1) Înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, și a dreptului de preempțiune, la preț și în condiții egale, în următoarea ordine:

a) preemptori de rang I: coproprietarii, rudele de gradul I, soții, rudele și afinii până la gradul al treilea inclusiv;

b) preemptori de rang II: proprietarii investițiilor agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei, irigații exclusiv private și/sau arendașii. În cazul în care pe terenurile supuse vânzării se află investiții agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei și pentru irigații, prioritate la cumpărarea acestor terenuri au proprietarii acestor investiții;

c) preemptori de rang III: proprietarii și/sau arendașii terenurilor agricole vecine cu terenul supus vânzării, cu respectarea dispozițiilor prevăzute la alin. (2) și (4);

d) preemptori de rang IV: tinerii fermieri;

e) preemptori de rang V: Academia de Științe Agricole și Silvice «Gheorghe Ionescu-Șișești» și unitățile de cercetare-dezvoltare din domeniile agriculturii, silviculturii și industriei alimentare, organizate și reglementate prin Legea nr. 45/2009 privind

prevedea drept titulari coproprietarii, arendașii, proprietarii vecini și statul român, prin Agenția Domeniilor Statului. De asemenea, le sunt impuse anumite condiții suplimentare pentru a putea exercita dreptul, condiții mai restrictive. Preemptorii au la dispoziție un termen de 45 de zile pentru a accepta oferta de vânzare.

O altă modificare constă în consecințele neexercitării dreptului de preempțiune de către titulari. Anterior Legii 175/2020, în acest caz vânzarea devenea liberă, putând fi efectuată către orice altă persoană fizică sau juridică. În forma actuală, se acordă, în subsidiar, o preferință unor cumpărători ce îndeplinesc anumite condiții, fie persoane fizice, fie persoane juridice. De exemplu, condițiile ce trebuie îndeplinite de către persoanele fizice pentru a putea beneficia de această preferință sunt: „a) să aibă domiciliul/reședința situat/situată pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare; b) să desfășoare activități agricole pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani, anterior înregistrării acestei oferte; c) să fie înregistrate de autoritățile fiscale române cu minimum 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan”[11]

organizarea și funcționarea Academiei de Științe Agricole și Silvice «Gheorghe Ionescu-Șișești» și a sistemului de cercetare-dezvoltare din domeniile agriculturii, silviculturii și industriei alimentare, cu modificările și completările ulterioare, precum și instituțiile de învățământ cu profil agricol, în scopul cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan cu destinația strict necesară cercetării agricole, aflate în vecinătatea loturilor existente în patrimoniul acestora;

f) preemptori de rang VI: persoane fizice cu domiciliul/reședința situat/situată în unitățile administrativ-teritoriale unde este amplasat terenul sau în unitățile administrativ-teritoriale vecine;

g) preemptori de rang VII: statul român, prin Agenția Domeniilor Statului.”

[11] Art. 4[1] alin. (1); În privința persoanelor juridice se prevăd următoarele: „În cazul în care titularii dreptului de preempțiune nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan se poate face către persoanele juridice cu respectarea următoarelor condiții cumulative:

a) să aibă sediul social și/sau sediul secundar situat pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare; b) să desfășoare activități agricole pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan; c) să prezinte înscrisurile din care să reiasă că, din venitul total al ultimilor 5 ani fiscali, minimum 75% reprezintă venit din activități agricole, așa cum sunt prevăzute de Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, clasificate conform codului CAEN prin ordin al ministrului agriculturii și dezvoltării rurale; d) asociatul/acționarul care deține controlul societății să aibă domiciliul situat pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan;

e) în cazul în care în structura persoanelor juridice, asociații/acționarii care dețin controlul societății sunt alte persoane juridice, asociații/acționarii care dețin controlul

Aceste persoane beneficiază de un termen de 30 de zile, care curge de la expirarea termenului de 45 de zile instituit în beneficiul preemptorilor, în care pot depune la primăria competentă un dosar cu documentele necesare pentru a dovedi îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege.

Dacă nici una dintre persoanele anterior enumerate nu-și exprimă opțiunea de a cumpăra terenul, atunci acesta este liber a fi vândut oricărei persoane.

În concluzie, Legea nr. 175/2020 crește numărul preemptorilor, pe care îi ordonează în șapte ranguri, unele dintre acestea cuprinzând două sau chiar mai multe categorii de preemptori, impunând analiza nu doar a priorității rangurilor, ci și a priorității între diferitele categorii din cadrul acestora.

În primul rând, observăm că arendașii și-au pierdut rangul preferențial în favoarea rudelor de gradul I, soților, rudelor și afinilor până la gradul al treilea inclusiv.

Soluția este una surprinzătoare. În plus, chiar forma inițială Legea nr. 17/2014 excepta aceste categorii de la aplicarea sa, stabilind în art. 20 alin. (2) că „Dispozițiile prezentei legi nu se aplică înstrăinărilor între coproprietari, soți, rude și afini până la gradul al treilea, inclusiv". Soluția era una firească având în vedere că, în cele mai multe cazuri, aceste înstrăinări se fac în condiții de preț mai avantajos determinate tocmai de relațiile dintre părți, aceste transferuri fiind caracterizate de prezența unui puternic și evident caracter *intuitu personae*. În prezent, art. 20 alin. (2) nu a fost modificat, ceea ce înseamnă că aceste persoane sunt în același timp preemptori și persoane exceptate de la aplicarea dispozițiilor Legii nr. 17/2014. O soluție paradoxală: dacă nu se poate cu dragoste se poate cu rangul...preempțiunii, care invită la rememorarea evoluției istorice a dreptului de preempțiune. În Egiptul Antic, izvorul unora dintre cele mai importante restricții ale dreptului de proprietate se regăsește în cutumele locale, care se află în strânsă legătură și cu religia, acestea două stând la baza funcționării popoarelor străvechi. Relațiile de rudenie, de subordonare și de vecinătate au reprezentat premisa pentru ca această instituție juridică să ia ființă. Ulterior, apare și o consacrare scrisă a acestui drept de prioritate la dobândirea anumitor bunuri, fără a înlătura, însă, cutumele existente. Un text în acest sens îl regăsim chiar în Biblie, care precizează că „atunci când fratele tău, care e cu tine, va sărăci și va vinde din moștenirea sa, să vină ruda sa de aproape și să cumpere ceea ce vinde fratele său" (Lev. 25, 25). Acest verset instituie o prioritate a fratelui (care este o rudă apropiată) la dobândirea bunurilor vândute. O altă regulă interesantă (pe care o regăsim în Egiptul ptolemeic) stabilește faptul că „bunurile imobile nu vor ieși din sânul comunității înainte de a fi oferite mai întâi membrilor acelei

societății să facă dovada domiciliului situat pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan" - art. 4^1 alin. (1) Legea nr. 17/2014.

comunități”[12]. Observăm, astfel, faptul că rudenia sau afecțiunea nu reprezintă întotdeauna temeiul pentru acordarea unei priorități, fiind ilustrativă în acest sens și relația de putere care caracterizează raporturile dintre oameni. O concluzie care se desprinde în urma analizei istoriei străvechi este aceea că, în perioada respectivă, restricțiile privitoare la dreptul de proprietate aveau un singur scop, acela de a limita ieşirea anumitor categorii de bunuri din patrimoniul obștesc, iar în situația în care acestea nu puteau, totuși, să fie menținute în interiorul comunității, era necesar ca ele să ajungă în proprietatea persoanelor astfel desemnate prin cutume sau religie. Premisa acestor reguli era reprezentată de relația strânsă dintre individ și comunitatea de care acesta aparține.

În Grecia Antică, era consacrată interdicția vânzării pământului acest fapt se desprinde din scrierile lui Platon, Aristotel, precum și din legile din diverse orașe stat). Ulterior legilor lui Phidon din Corint apar legile lui Solon, care nu mai prevăd interdicția vânzării pământului de către familii, însă consacră o pedeapsă pentru cei care recurg la această măsură, și anume, pierderea dreptului de cetățean. Interdicția totală a vânzării a fost urmată, în mod firesc, de anumite restricții la înstrăinare, care prevedeau obligativitatea de a oferi prioritate anumitor categorii persoane .

În ceea ce privește dreptul nostru românesc, nu au fost identificate încă izvoare privind circulația juridică a terenurilor în Dacia, însă, în urma analizei obiceiurilor locale, s-a constatat că dreptul de preempțiune s-a manifestat pe bază de cutume și anterior cuceririi romane. Dreptul de preempțiune a început să fie conturat sub denumirea de „protimisis” în perioada feudală timpurie. Inspirația era, în mod evident, de origine romană, iar principalele rațiuni pentru care opera această prioritate erau legăturile de rudenie și de vecinătate. Ulterior, acesta a ajuns să fie consacrat în hrisoavele și legiuirile vremurilor, iar fundamentele dreptului de preempțiune erau reprezentate de legăturile de rudenie, de vecinătate și devălmășie. Un exemplu interesant din respectiva perioadă îl constituie dreptul de răscumpărare al rudelor, copărtașilor și megieșilor, în situația în care vânzarea se realiza către alte persoane decât cele menționate, fără ca aceștia să fi fost anunțați[13].

Din această perspectivă istorică, alegerea legiuitorului de a prioritiza categorii de preemptori care au cu vânzătorul o relație personală și nu una comunitară sau imobiliară pare a reface drumul preempțiunii chiar până la origini. Poate nu ar fi nimic criticabil aici dacă aceste categorii ar fi mai bine plasate decât vecinii și arendașii pentru a putea împlini scopul legii care este și comasarea terenurilor agricole.

[12] I. Negru, *Teoria generală a dreptului de preempțiune*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 34.

[13] *Ibidem*, p. 36.

Tot surprinzătoare este și plasarea unei alte categorii într-o poziție de prioritate față de arendași. Aceștia sunt proprietarii investițiilor agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei și irigații exclusiv private. Din formularea legii, nu rezultă foarte clar cine intră în categoria „proprietarilor investițiilor agricole". Alăturarea acestora de categoria arendașilor poate face lucrurile cu atât mai dificil de înțeles: cine ar avea interesul de a face investiții într-un bun agricol având în vedere că nu are nici calitatea de proprietar, nici calitatea de arendaș. În plus, domeniul de reglementare al Legii nr. 17/2014 este acela al terenurilor agricole extravilane care includ și terenurile cu destinația de vii sau livezi, dar aceste culturi (precum și irigațiile) constituie bunuri agricole distincte care exced obiectului de reglementare al Legii. Nu sunt precizate nici un fel de criterii minime pentru exercitarea acestui drept. Indiferent de cuantumul sau natura investiției, proprietarul acesteia poate avea calitatea de preemptor? Nici modalitatea de dovedire a acestor investiții nu este prevăzută, Normele de aplicare a Legii prevăzând doar că acest preemptor va trebui să depună la primărie (în vederea exercitării dreptului său de preempțiune) „documente justificative pentru atestarea proprietății asupra investițiilor agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei, irigații exclusiv private" în cazul persoanelor fizice, respectiv „înregistrarea activelor în proprietatea preemptorului situate pe terenurile ce fac obiectul vânzării" în cazul persoanelor juridice.

Totuși, nu toate aspectele legate de dreptul de preempțiune al arendașului sunt negative. Putem să observăm că există o extindere a categoriilor de arendași care beneficiază de dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 17/2014. Este cazul arendașilor terenurilor învecinate (preemptori de rang III) și de tinerii fermieri[14] care intenționează să desfășoare sau desfășoară activități agricole (preemptori de rang IV). Acestea sunt soluții care pot sprijini în mod real creșterea suprafeței de teren exploatate, dând posibilitatea nu doar proprietarului ci și arendașului unei suprafețe să extindă aria de teren exploatată și astfel să consolideze proprietatea agricolă în vederea conturării unei categorii mai largi de exploatații agricole care dețin în proprietate suprafețe îndestulătoare de teren.

[14] În conformitate cu Regulamentul european 1305/17-dec-2013 privind sprijinul pentru dezvoltare rurală acordat din Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală (publicat în JOUE L 347, 20.12.2013, p. 487–548) este vorba despre „o persoană cu vârsta de până la 40 de ani la momentul depunerii cererii, care deține competențele și calificările profesionale adecvate și care se stabilește pentru prima dată într-o exploatație agricolă ca șef al respectivei exploatații; stabilirea se poate face individual sau în comun cu alți fermieri, indiferent de forma sa juridică" art. 2 alin. (1) lit. n); o definiție care se apropie de definiția arendașului din Legea abrogată în prezent a activității de arendare, care îngloba și persoanele cu experiență sau cu studii de specialitate în domeniul agricol – arendașul „trebuie să aibă pregătire de specialitate agricolă sau un atestat de cunoștințe agricole ori de practică agricolă și să prezinte garanțiile solicitate de arendatori" – art. 3 alin. (3) din Legea nr. 16/1994.

Cu toate acestea, modificările intervenite în privința Legii nr. 17/2014 nu clarifică raportul dintre dreptul de preempțiune al arendașului reglementat de acest act normativ și dreptul de preempțiune stabilit de Codul civil. Aceste clarificări erau în mod deosebit așteptate de practica notarială deseori confruntată cu dileme în această materie.

După cum am precizat anterior, Legea nr. 17/2014 are caracter special față de dispozițiile art. 1.849 Cod civil, reglementând un drept de preempțiune legal ce se exercită conform unei proceduri specifice. Prin urmare, dreptul de preempțiune al arendașului cu privire la terenul agricol din extravilan trebuie să se exercite conform dispozițiilor legii speciale. În privința tuturor celorlalte bunuri agricole se vor aplica dispozițiile Codului civil.

Cu toate acestea unii notari implicați în autentificarea contractelor de vânzare având ca obiect terenuri agricole din extravilan continuă să-și pună întrebarea dacă după realizarea procedurilor actuale prevăzute de Legea nr. 17/2014 nu subzistă încă dreptul de preempțiune legal prevăzut de Codul civil. În acest sens, unii notari solicită ca încheierea contractului de vânzare să se realizeze doar după ce arendașul va da o declarație autentică în sensul neexercitării dreptului său de preempțiune prevăzut de art. 1.849 Cod civil.

Soluția, deși de natură să clarifice pe deplin situația eventualelor pretenții ale arendașului, ne apare a fi însă exagerată. Arendașul nu poate beneficia de două drepturi de preempțiune legală. Regulile de interpretare juridică indică că dreptul de preempțiune legal stabilit de Legea nr. 17/2014 constituie o derogare de la regulile preempțiunii stabilite de Codul civil și, prin urmare, există în prezent doar un singur drept de preempțiune stabilit de legiuitor pentru terenurile agricole extravilane, iar acesta urmează să fie exercitat doar conform regulilor acestui ultim act normativ.

Care va fi însă soluția pentru ipoteza în care proprietarul terenului agricol extravilan dorește să încheie contractul de vânzare cu o persoană care este exceptată de la aplicarea dispozițiilor Legii nr. 17/2014 în temeiul art. 20 alin (2), anterior menționat? În această situație dispozițiile legii sunt îndepărtate cu totul. Această excepție nu este prevăzută și de Codul civil, care prevede doar exercitarea acestui drept de preempțiune potrivit articolelor 1.730-1.739. Prin urmare, aparent, în această situație, subzistă dreptul legal de preempțiune reglementat de Codul civil în favoarea arendașului. Soluția este însă una lipsită de previzibilitate pentru părți și pentru majoritatea juriștilor angrenați în derularea procedurilor Legii nr. 17/2014. În plus, tocmai neajunsurile procedurii exercitării dreptului de preempțiune conform dispozițiilor Codului civil (în special lipsa unei sancțiuni a încălcării acestui drept în procedura a priori) au condus la abandonarea aplicării sale în toate actele normative cu caracter special care reglementează drepturi de preempțiune. Aplicarea sa în această situație ar fi excesivă.

Nu în ultimul rând, arendașul poate fi titularul unui drept convențional de preempțiune. Acesta poate fi stipulat în contracte de arendare înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 17/2014 sau chiar și după acest moment ca măsură de prevedere din partea arendașului. Dacă dreptul său este notat în cartea funciară preemptorul este într-o situație favorabilă. În prezent, pe lângă „metoda a priori" recunoscută în reglementările anterioare (metodă ce implică o ofertă de vânzare adresată preemptorului, anterior încheierii contractului), este consacrată în legislație și „metoda a posteriori", metodă ce presupune încheierea contractului de vânzare cu un terț, „sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune de către preemptor", cum prevede art. 1.731 Cod civil. Se remarcă, astfel, două modalități prin care se poate da eficiență acestui drept, ceea ce pare a fi o opțiune înțeleaptă a legiuitorului actual, care a înțeles să reglementeze exercitarea acestui drept de o manieră mult mai favorabilă, atât pentru preemptor, cât și în ceea ce privește dinamica raporturilor juridice.

Din dispozițiile art. 1.730 alin. (3) teza I Cod civil rezultă posibilitatea proprietarului de a face o ofertă de vânzare preemptorului, ofertă care, odată ce este respinsă, conduce la stingerea dreptului de preempțiune și la imposibilitatea ulterioară de exercitare (evident, ne referim la o nouă ofertă în aceleași condiții). Potrivit art. 1.730 Cod civil, „Titularul dreptului de preempțiune care a respins o ofertă de vânzare nu își mai poate exercita acest drept cu privire la contractul ce i-a fost propus. Oferta se consideră respinsă dacă nu a fost acceptată în termen de cel mult [...] 30 de zile, în cazul vânzării de bunuri imobile. [...] termenul curge de la comunicarea ofertei către preemptor." Din formularea legiuitorului reiese faptul că respingerea ofertei poate fi atât expresă, cât și tacită, în acest din urmă caz rezultând din neacceptarea ei de către preemptor în termenul prevăzut[15]. În urma analizării textelor incidente în materie, se remarcă faptul că oferta adresată preemptorului trebuie menținută în tot intervalul de timp acordat acestuia pentru a-și exercita opțiunea, reprezentând o derogare de la regulile aplicabile în contractele obișnuite. Cu toate că legiuitorul nu a prevăzut expres această regulă, aceasta poate fi dedusă, fiind justificată tocmai prin faptul că nu se adresează publicului larg, ci are în vedere protejarea unor interese. Obligativitatea ofertei privește, astfel, atât persoana cocontractantului (care trebuie să fie beneficiarul preempțiunii), cât și necesitatea menținerii ofertei pe întreaga durată prevăzută[16].

În art. 1.731 Cod civil, se prevede expres posibilitatea încheierii unui contract de vânzare cu un terț, anterior exprimării opțiunii preemptorului. Cu toate acestea, contractul se va încheia „sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preempțiune de către preemptor", ceea ce presupune că toate efectele contractului încheiat între proprietar și terț vor fi suspendate până la

[15] D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale,* vol. 1, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 130.

[16] I. Negru, *op. cit.*, p. 283.

momentul la care preemptorul va refuza exercitarea dreptului său (astfel, condiția se îndeplinește, iar contractul inițial se consolidează retroactiv). Acest mecanism contribuie la protejarea atât a preemptorului, al cărui drept nu va putea fi eludat, cât și a terțului cumpărător[17]. Potrivit art. 1.732 Cod civil alin. (1), „Vânzătorul este obligat să notifice de îndată preemptorului cuprinsul contractului încheiat cu un terț. Notificarea poate fi făcută și de acesta din urmă.". Prevederea finală își găsește justificarea prin prisma faptului că și terțul are interesul ca situația să se clarifice din punct de vedere juridic. În alin. (2) al aceluiași articol se menționează ce trebuie să cuprindă notificarea, și anume, „numele și prenumele vânzătorului, descrierea bunului, sarcinile care îl grevează, termenii și condițiile vânzării, precum și locul unde este situat bunul". Motivul pentru care comunicarea acestor elemente este obligatorie este reprezentat de necesitatea ca preemptorul să poată lua o decizie în deplină cunoștință de cauză în privința achiziționării (sau nu) a bunului. În situația în care dorește să cumpere bunul, preemptorul își poate exercita dreptul prin comunicarea către vânzător a acordului său de a încheia contractul de vânzare, însoțită de consemnarea prețului la dispoziția vânzătorului. Consemnarea integrală a prețului la dispoziția vânzătorului trebuie să însoțească în mod obligatoriu declarația de voință a preemptorului, în absența ei nefiind posibilă perfectarea contractului, ceea ce conduce la consolidarea retroactivă a contractului încheiat între vânzător și terț. În acest sens, în art. 1.736 Cod civil se menționează expres faptul că „atunci când în contractul încheiat cu terțul s-au acordat termene de plată a prețului, preemptorul nu se poate prevala de aceste termene." Rațiunea pentru care legiuitorul a prevăzut această dispoziție este următoarea: se dorea ca obligațiile titularului dreptului de preempțiune să se execute integral la momentul încheierii contractului, pentru a evita menținerea unei stări de incertitudine. Mai mult decât atât, nimic nu îl oprește pe vânzător să prevadă modalitatea de plată a prețului în rate, însă nu are o obligație în acest sens[18]. Într-o altă opinie, imposibilitatea de a profita de termenele de plată stabilite în contractul încheiat cu terțul este justificată de încrederea de care beneficiază terțul față de creditor, tocmai prin prisma alegerii făcute de către acesta din urmă, alegere care nu se regăsește și în cazul preemptorului[19]. Este controversată obligativitatea inserării în contractul de vânzare încheiat cu terțul a condiției suspensive mai sus menționate. Art. 1.733 alin. (1) Cod civil prevede următoarele: „prin exercitarea preempțiunii, contractul de vânzare se consideră încheiat între preemptor și vânzător în condițiile cuprinse în contractul încheiat cu terțul, iar acest din urmă contract se desființează retroactiv. Cu toate acestea,

[17] A. Foltiș, *Dreptul de preempțiune*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 63.

[18] F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. 1, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp. 72-73.

[19] În acest sens, a se vedea: R. Dincă, *Contracte civile speciale în noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 67.

vânzătorul răspunde față de terțul de bună-credință pentru evicțiunea ce rezultă din exercitarea preempțiunii". Astfel, indiferent dacă s-a stipulat sau nu în contract condiția suspensivă, substituirea preemptorului în drepturile terțului cumpărător se va realiza în baza legii[20]. Mai mult decât atât, soluțiile diferă în funcție de buna sau reaua-credință a terțului cumpărător. Ce înțelegem, însă, prin buna-credința a terțului? Acest concept relevă, de fapt, dacă terțul, la momentul încheierii contractului, a avut sau nu cunoștință de existența unui drept de preempțiune. În situația în care terțul cumpărător nu a cunoscut existența acestui drept, acesta va avea dreptul la reparațiile prevăzute de lege în caz de evicțiune din partea vânzătorului, așa cum sunt ele prevăzute la art. 1.702 Cod civil[21].

În ceea ce ne privește, rămânem însă pesimiști în legătură cu posibilitatea aplicării acestor soluții în cazul unui drept convențional de preempțiune care nu este notat în cartea funciară. Principalul argument vine din considerarea faptului că dreptul legal de preempțiune este de ordine publică, rațiunea instituirii sale vizează un interes general, iar acest interes poate și trebuie să fie cunoscut de cei interesați. Nu aceeași logică se poate aplica și atunci când discutăm despre dreptul convențional de preempțiune al arendașului. În această situație nestipularea condiției suspensive în contract echivalează cu imposibilitatea exercitării dreptului de preempțiune de către arendaș. În practică, ca o măsură de siguranță, notarul public poate solicita prezentarea contractului de arendare menționat în adeverința de rol agricol (necesară pentru încheierea contractului de vânzare a terenului agricol) pentru a se convinge dacă nu a fost instituit și un drept convențional de preempțiune care să fie aplicabil fie în completarea Legii nr. 17/2014, după parcurgerea etapelor prevăzute de acesta, fie în ipoteza în care vânzarea se încheie fără aplicarea regulilor acestui act normativ. Desigur, nu aceasta este soluția clarificării drepturilor arendașului, întrucât, pe o parte, ea ține de modul în care notarul public înțelege să deslușească raporturile juridice

[20] D. Chirică, *op. cit.*, p. 129.

[21] Art. 1.702 C. civ. prevede: „ (1) Daunele interese datorate de vânzător cuprind: a) valoarea fructelor pe care cumpărătorul a fost obligat să le restituie celui care l-a evins; b) cheltuielile de judecată efectuate de cumpărător în procesul cu cel ce l-a evins, precum și în procesul de chemare în garanție a vânzătorului; c) cheltuielile încheierii și executării contractului de către cumpărător; d) pierderile suferite și câștigurile nerealizate de către cumpărător din cauza evicțiunii".

(2) De asemenea, vânzătorul este ținut să ramburseze cumpărătorului sau să facă să i se ramburseze de către acela care evinge toate cheltuielile pentru lucrările efectuate în legătură cu bunul vândut, fie că lucrările sunt autonome, fie că sunt adăugate, dar, în acest din urmă caz, numai dacă sunt necesare sau utile.

(3) Dacă vânzătorul a cunoscut cauza evicțiunii la data încheierii contractului, el este dator să ramburseze cumpărătorului și cheltuielile făcute pentru efectuarea și, după caz, ridicarea lucrărilor voluptuare."

dintre părți, iar pe de altă parte, deseori adeverințele de rol agricol nu sunt eliberate cu toate mențiunile necesare de către funcționarii primăriilor.

3. Concluzie: 1+1+1 chiar poate fi egal cu 1

Aparent, arendașul beneficiază de un drept legal de preemțiune cu privire la bunurile arendate (conform art. 1.849 Cod civil), de un drept legal de preempțiune în privința terenului agricol extravilan arendat (conform Legii nr. 17/2014) și de un drept convențional de preempțiune în privința bunurilor arendate atunci când el dorește (conform art. 1.730-1.740 Cod civil). Nu este necesară chiar o furtună perfectă pentru ca cele trei drepturi să concure în persoana aceluiași arendaș cu privire la același teren agricol. Lectura cea mai simplă a deznodământului va da prioritate numai normei speciale care pare a îndepărta dispozițiile Codului civil. Cealaltă perspectivă, cea a carambolajului și ricoșeului dreptului special înspre dreptul general și mai apoi înspre dreptul convențional sigur nu plasează dreptul de preempțiune în cea mai bună dintre lumile posibile. Putem oare spera la o viitoare clarificare legislativă sau fiecare jurist va rămâne veșnic vexat față cu preempțiunea de școală nouă?

Referințe

Chirică D., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. 1, Editura Hamangiu, București, 2017

Chirică S., Mitan M., *Blocajul tranzacțiilor cu terenuri agricole extravilane*, on-line

Deak F., L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. 1, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp. 72-73.

Dobrilă M.C., *Modificări/remake-uri recente ale Legii nr. 17/2014 cu privire la dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri agricole situate in extravilan, în lumina jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene*, Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Ştiințe Juridice, LXVI/2020, nr. 2, pp. 25-46.

Durnescu M.G., *Era necesară modificarea Legii nr. 17/2014 ce reglementează vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan?*, Revista Universul Juridic nr. 12, decembrie 2020, pp. 37-57.

Foltiș A., *Dreptul de preempțiune*, Editura Hamangiu, București, 2011

Gheorghiu-Testa R., *Modificarea condițiilor de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan*, on-line

Negru I., *Teoria generală a dreptului de preemțiune*, Editura Universul Juridic, București, 2010

Roman I., Porojan I., *Noi condiții la cumpărarea terenurilor agricole din extravilan*, on-line

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-8

O posibilă problemă de legalitate a procedurii de executare silită: prorogarea competenței executorului judecătoresc

A Potential Legality Problem of the Enforcement Procedure: the Prorogation of Jurisdiction in the Case of the Bailiff

NICOLAE-HORIA ȚIȚ[1]

Rezumat: Una dintre garanțiile principiului legalității în etapa de executare silită a procesului civil este cea referitoare la efectuarea actelor de executare de către executorul judecătoresc competent. Legea prevede anumite situații de prorogare a competenței executorului. Articolul analizează posibilele interpretări ale dispozițiilor legale incidente în materie (în special art. 652 alin. (2) C. pr. civ.) și consecințele practice ale acestora. Astfel, este analizată aplicabilitatea regulilor referitoare la prorogarea de competență a executorului judecătoresc în materia popririi. De asemenea, este tratată problema prorogării de competență a executorului în situația pluralității de debitori.

Cuvinte-cheie: executare silită, executor, competență, prorogare, legalitate

Abstract: One of the legality principle's guarantees concerning the enforcement procedure is the one referring to the performance of enforcements acts by the competent bailiff. The law provides for certain situations regarding the prorogation of the bailiff's jurisdiction. The article analyses the possible interpretations of the relevant legal provisions in the matter (especially art. 652 para. (2) of the Civil Procedure Code) and their practical consequences. Thus, the applicability of the rules on the prorogation of the bailiff's jurisdiction in matters of garnishment is herein analyzed. The issue on the prorogation of the bailiff's jurisdiction in the case of a plurality of debtors is also being addressed.

Keywords: enforcement, bailiff, jurisdiction, prorogation, legality

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: horia.tit@uaic.ro, https://orcid.org/0000-0002-2416-8129

1. Principiul legalității. Particularitățile principiului legalității în executarea silită. Importanța regulilor referitoare la competența executorului judecătoresc

Principiul legalității guvernează întregul proces civil, potrivit art. 7 alin. (1) C. pr. civ[2]. În etapa jurisdicțională a procesului, principiul legalității privește în special activitatea instanței de judecată, fiind strâns legat de rolul judecătorului în aflarea adevărului. Prerogativele date judecătorului potrivit art. 22 C. pr. civ. au la bază îndatorirea acestuia de a soluționa litigiul conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile; prin urmare, judecătorul are obligația de a aplica și de a verifica aplicarea normelor de procedură, precum și pe aceea de a da sau restabili calificarea juridică a actelor și faptelor deduse judecății, această din urmă ipostază a principiului legalității fiind specifică funcției jurisdicționale, conform dictonului „*da mihi facum, dabo tibi ius*"[3].

În etapa de executare silită a procesului civilă, principiul legalității cunoaște anumite particularități, care decurg din specificul procedurii execuționale. Astfel, art. 625 alin. (1) C. pr. civ. prevede că „executarea silită se face cu respectarea dispozițiilor legii, a drepturilor părților și ale altor persoane interesate", regulă care corespunde, ca finalitate, celei prevăzute de art. 7 alin. (2) C. pr. civ. pentru etapa jurisdicțională a procesului; respectarea dispozițiilor legale nu este un scop în sine, ci doar mijlocul prin care se garantează asigurarea drepturilor părților și altor persoane interesate. Sub acest aspect, în procedura de executare silită, trebuie avute în vedere dispozițiile art. 646 alin. (1) C. pr. civ., care garantează un set de drepturi procesuale specifice acestei etape a procesului civil și indică, generic, și calea procesuală prin care se realizează restabilirea ordinii juridice în cazul încălcării ori nerespectării acestor drepturi, anume contestația la executare[4].

Principala garanție a principiului legalității în faza de executare silită este cea referitoare la efectuarea actelor de executare numai de către organele de executare competente. În acest sens, art. 625 alin. (2) C. pr. civ. prevede că „este

[2] Pentru dezvoltări cu privire la principiul legalității, a se vedea Gh. Durac, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 34-36; I. Leș (coordonator), *Drept procesual civil. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2021, pp. 35-37; G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2020, p. 32; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*. Volumul I, Ediția revăzută, completată și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 213-213

[3] Pentru detalii, a se vedea N.-H. Țiț, *Rolul activ al judecătorului în identificarea și calificarea actelor și faptelor deduse judecății. Câteva considerații*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 1/2021, pp. 174-199.

[4] N.-H. Țiț, *Executarea silită. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 91-98; M. Dinu, R. Stanciu, *Executarea silită în Codul de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2019, pp. 100-101.

interzisă efectuarea de acte de executare de către alte persoane sau organe decât cele prevăzute de art. 623". Legiuitorul a instituit, aşadar o regulă deosebit de importantă care impune ca aducerea la îndeplinire a hotărârilor judecătoreşti sau a altor titluri executorii să se realizeze numai prin intermediul organelor de executare competente, regulă ce rezultă şi din dispoziţiile art. 622 alin. (2) C. pr. civ. – în măsura în care dispoziţiile cuprinse în titlul executoriu nu sunt aduse la îndeplinire de bunăvoie de debitor, creditorul nu poate să recurgă la mijloace propriii pentru a obţine executarea obligaţiei[5], ci trebuie să sesizeze organul de executare competent, cu o cerere de executare, declanşându-se, în acest mod, procedura execuţională.

Legalitatea executării silite este strâns legată de rolul activ al executorului judecătoresc; teza finală a art. 627 alin. (1) C. pr. civ. prevede, în acest sens, că exercitarea rolului activ al executorului judecătoresc se realizează „cu respectarea dispoziţiilor legii, a drepturilor şi obligaţiilor părţilor şi ale altor persoane interesate". La fel cum principiul legalităţii în etapa jurisdicţională a procesului civil configurează o dimensiune a rolului judecătorului în aflarea adevărului, legalitatea executării silite îşi găseşte o importantă consacrare în activitatea executorului judecătoresc şi în rolul activ pe care acesta trebuie să îl manifeste pe parcursul executării, în vederea aducerii la îndeplinire a dispoziţiilor titlului executoriu[6].

Legalitatea şi rolul activ sunt, aşadar, principii care trebuie privite şi interpretate în tandem, atât în etapa jurisdicţională, cât şi în cea execuţională a procesului, ţinând cont de finalitatea fiecăreia dintre acestea: aflarea adevărului, prin pronunţarea unei hotărâri legale şi temeinice, în procesul de cogniţie; aducerea la îndeplinire a dispoziţiilor cuprinse în hotărâre ori într-un alt titlu executoriu, în procesul civil de execuţie.

---

[5] De la această regulă există două situaţii de excepţie, care rezultă din dispoziţiile art. 622 alin. (4) şi (5) C. pr. civ., respectiv executarea unor obligaţii de a face şi vânzarea de către creditor a bunurilor mobile ipotecate ale debitorului, în condiţiile art. 2445 C. civ.; dintre acestea, doar ultima constituie o veritabilă excepţie de la regula aducerii la îndeplinire a dispoziţiilor cuprinse în titluri executorii prin intermediul organelor de executare competente, deoarece, în cazul executării obligaţiilor de a face, dacă debitorul nu se conformează, este necesară sesizarea executorului judecătoresc (a se vedea, în acest sens, N.-H. Ţiţ, *Consideraţii cu privire la executarea silită a obligaţiilor de a face sau de a nu face intuitu personae*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, I.L. Toma-Dauceanu, *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăţi şi puteri la începutul mileniului al III-lea*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2018, pp. 334-358).

[6] Pentru detalii cu privire la rolul activ al executorului judecătoresc şi întrepătrunderea acestui principiu cu cel al disponibilităţii în etapa de executare silită, a se vedea V. Bozeşan, *Ipoteze practice privind raportul dintre disponibilitatea părţilor şi rolul activ al executorului judecătoresc*, în E. Oprina, V. Bozeşan, *Executarea silită. Dificultăţi şi soluţii practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2016, pp. 28-34.

În acest context, plasarea în prim plan a executorului judecătoresc, ca garanție a principiului legalității în faza de executare silită, constituie o opțiune firească a legiuitorului. Respectarea dispozițiilor legale în etapa de executare este, în principal, garantată de efectuarea actelor de executare de către organul de executare competent, potrivit legii; rolul executorului judecătoresc, în acest context, decurge din statutul profesional stabilit prin Legea nr. 188/2000 și setul de prerogative conferite executorului prin art. 7 din acest act normativ. Chiar dacă actele de executare propriu-zise nu vor putea fi efectuate decât după încuviințarea executării de către instanța de executare, se remarcă faptul că executorul este, dintre participanții la executare, principalul responsabil cu privire la legalitatea actelor de procedură[7]. În acest context, trebuie remarcat că executorul nu trebuie perceput ca un simplu mandatar al creditorului, rolul său activ fiind, este adevărat, orientat spre realizarea creanței cuprinsă în titlul executoriu, însă, întotdeauna, cu respectarea dispozițiilor legii și cu garantarea drepturilor tuturor participanților la procedura execuțională. În acest context, trebuie subliniat că potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 188/2000, executorii judecătorești îndeplinesc un serviciu de interes public, iar potrivit alin. (2) al aceluiași articol, actele îndeplinite de executor, în limitele competențelor sale și cu respectarea cerințelor de formă sunt acte de autoritate publică.

În acest context, determinarea competenței executorului judecătoresc constituie un element central al respectării legalității procedurii execuționale. Dincolo de regula prevăzută de art. 623 C. pr. civ. și art. 1 alin. (1) din Legea nr. 188/2000 („executarea silită a oricărui titlu executoriu, cu excepția celor care au ca obiect venituri datorate bugetului general consolidat, bugetului Uniunii Europene și bugetului Comunității Europene a Energiei Atomice, se realizează numai de către executorul judecătoresc, chiar dacă prin legi speciale se dispune altfel”[8]), se ridică și problema interpretării și aplicării regulilor care vizează competența teritorială a executorului judecătoresc.

[7] Spre exemplu, art. 659 alin. (3) C. pr. civ. prevede că „agenții forței publice nu pot refuza să sprijine activitatea de executare silită sub motiv că există impedimente, de orice natură, la executare, singurul răspunzător pentru nesocotirea acestora fiind executorul judecătoresc, în condițiile legii”.

[8] În interpretarea dispozițiilor art. 623 C. pr. civ., Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept a stabilit, prin Decizia nr. 66/2017 (publicată în Monitorul Oficial nr. 969 din 7 decembrie 2017) că: „Executarea silită a titlurilor executorii - hotărâri judecătorești privind crenate bugetare, datorate în temeiul unor raporturi juridice contractuale care se fac venit la bugetul consolidat al statului, se realizează prin executori fiscali, ca organe de executare silită ale statului”.

2. Competența teritorială a executorului judecătoresc. Prorogarea de competență. Condiții

Competența teritorială a executorului judecătoresc este stabilită de legiuitor prin raportare la circumscripția teritorială a curții de apel în raza căreia își desfășoară activitatea, potrivit art. 652 alin. (1) C. pr. civ. și art. 8 din Legea nr. 188/2000[9]. În funcție de modalitatea de executare prin intermediul căreia vor fi aduse la îndeplinire dispozițiile cuprinse în titlul executoriu, legiuitorul stabilește trei categorii de reguli de determinare a competenței teritoriale: în cazul urmăririi silite imobiliare, a urmăririi fructelor și veniturilor bunurilor imobile[10] și a executării silite directe imobiliare, competența revine executorului judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află imobilul; în cazul urmăririi silite a bunurilor mobile și al executării silite directe mobiliare, se stabilește o competență teritorială alternativă, în favoarea executorului judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află bunurile mobile, respectiv a executorului din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul ori, după caz, sediul debitorului la momentul declanșării procedurii de executare[11], iar dacă domiciliul ori sediul debitorului se află în străinătate,

[9] Este de remarcat că dispozițiile art. 8 din Legea nr. 188/2000 stabilesc competența executorului judecătoresc prin raportare la „judecătoria pe lângă care funcționează", prevedere care nu mai este de actualitate, având în vedere că soluția legislativă actuală referitoare la determinarea competenței instanței de executare nu mai folosește drept criteriu sediul executorului judecătoresc competent domiciliul sau sediul debitorului la momentul introducerii cererii de executare.

[10] Art. 652 alin. (1) lit. a) se referă la urmărirea silită a „fructelor prinse de rădăcini", dintr-o eroare de redactare a cărei corectare întârziere să apară, chiar și la mai bine de 8 ani de la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, modalitatea de executare vizată de textul de lege este urmărirea silită a fructelor neculese și a recoltelor prinse de rădăcini, reglementată de art. 795-799 C. pr. civ. La această modalitate de executare se adaugă și urmărirea veniturilor generale ale imobilelor, reglementată de art. 800 – 812 C. pr. civ., la care art. 652 alin. (1) lit. a) C. pr. civ. nu face referire în mod expres, dar cu privire la care este prevăzută competența executorului judecătoresc din circumscripția curții de apel în a cărei rază teritorială se află imobilul ale cărui venituri se urmăresc la art. 801 alin. (1) C. pr. civ.

[11] În acest sens, art. 652 alin. (3) C. pr. civ. prevede că „executorul judecătoresc rămâne competent să continue executarea chiar dacă după începerea executării debitorul și-a schimbat domiciliul sau, după caz, sediul". Textul de lege nu prevede însă o regulă asemănătoare și în ceea ce privește situația în care competența teritorială a executorului este stabilită prin raportare la locul situării bunului imobil la momentul declanșării procedurii de executare. O astfel de reglementare exista în redactarea inițială a noului Cod de procedură civilă – art. 651 alin. (3) din forma inițială a Codului, așa cum a intrat în vigoare, adică Legea nr. 134/2010, astfel cum a fost modificată prin Legea. nr. 76/2012, prevedea că „Dacă bunul mobil care face obiectul urmăririi silite ori al executării silite directe a fost mutat în timpul procedurii de executare, competent teritorial este

competența revine oricărui executor judecătoresc; în cazul executării silite a obligațiilor de a face și a obligațiilor de a nu face, competența teritorială revine executorului judecătoresc din circumscripția curții de apel unde urmează să se facă executarea. La aceste trei categorii de situații, reglementate prin dispozițiile art. 652 alin. (1) C. pr. civ., trebuie adăugată regula specială referitoare la executarea silită prin poprire, prevăzută de art. 782 C. pr. civ. – competența teritorială revine executorului judecătoresc al cărui birou se află în circumscripția curții de apel unde își are domiciliul sau sediul debitorul[12].

Se remarcă faptul că legiuitorul a ales să reglementeze competența teritorială a executorului judecătoresc prin raportare, în principal, la trei categorii de criterii: domiciliul ori, după caz, sediul debitorului; locul situării bunurilor (mobile sau imobile); locul efectuării executării[13]. Regulile de stabilire a competenței teritoriale sunt, așadar, mult mai flexibile în cazul organului de executare

executorul judecătoresc care a început procedura de executare". Este de remarcat că, la momentul respectiv, textul de lege nu prezenta utilitate, deoarece competența teritorială a executorului pentru executarea silită directă și indirectă mobiliară era stabilită exclusiv prin raportare la domiciliul/sediul debitorului (a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită, Volumul I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 114-115). Prin Legea nr. 138/2014 (publicată în Monitorul Oficial nr. 753 din 16 octombrie 2014), au fost modificate atât soluția legislativă referitoare la determinarea competenței teritoriale a executorului judecătoresc pentru executarea silită mobiliară, fiind instituită regula competenței teritoriale alternative, aplicabilă și în prezent, cât și dispozițiile care vizau fixarea competenței prin raportare la momentul declanșării procedurii, prin modificarea alin. (3), cu referire la domiciliul/sediul debitorului (pentru detalii, a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă. Modificările aduse executării silite conform Codului de procedură civilă republicat*, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 113-121). Or, în contextul păstrării competenței teritoriale a executorului pentru executarea silită directă și indirectă mobiliară și potrivit criteriului locului situării bunurilor mobile, ar fi fost utilă și păstrarea reglementării inițiale, referitoare la stabilirea competenței raportat la locul situării bunurilor la momentul declanșării procedurii de executare.

[12] În reglementarea inițială a noului Cod de procedură civilă, în materia popririi a fost stabilită o competență teritorială alternativă, între executorul din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul ori sediu creditorului și cel din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul sau sediul terțului poprit. Dispozițiile legale au fost modificate prin Legea nr. 17/2017, la momentul de față competența de executare prin poprire revenind exclusiv executorului judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul ori, după caz, sediul debitorului. A se vedea, M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, pp. 557-559.

[13] Pentru detalii, a se vedea G. C. Frențiu, *Competența executorului judecătoresc în cazul urmăririi silite a unor debitori obligați solidar*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 135-144.

decât în cazul instanței de executare, cu privire la care, prin raportare la dispozițiile art. 651 alin. (1) C. pr. civ., competența teritorială se determină, indiferent de modalitatea de executare, în funcție de domiciliul/sediul debitorului, ori, dacă acesta nu este în țară, în funcție de domiciliul sau sediul creditorului. Doar în situația în care niciunul dintre acestea nu se află în țară, competența teritorială a instanței de executare este legată de cea a executorului judecătoresc[14].

Pornind de la această premisă, vom analiza în continuare în ce măsură anumite soluții legislative referitoare la competența instanței de executare sunt aplicabile, prin analogie, și în cazul executorului judecătoresc, în special în legătură cu acele situații în care s-ar ridica problema prorogării (extinderii) competenței teritoriale a executorului.

Prorogarea de competență a executorului judecătoresc este reglementată de dispozițiile art. 652 alin. (2) C. pr. civ., care prevede că în situația în care bunurile urmăribile, mobile sau imobile, se află în circumscripția mai multor curți de apel, oricare dintre executorii judecătorești care funcționează pe lângă una dintre acestea este competent să realizeze executarea, inclusiv cu privire la bunurile urmăribile aflate în raza celorlalte curți de apel[15]. Justificarea acestei extinderi a competenței executorului judecătoresc se găsește în dispozițiile art. 666 alin. (4) C. pr. civ. și privește efectele încheierii de încuviințare a executării,

[14] În reglementarea inițială a noului Cod de procedură civilă, competența instanței de executare era stabilită prin raportare la competența teritorială a executorului judecătoresc în toate cazurile. Astfel, art. 650 alin. (1) C. pr. civ., în varianta care a intrat în vigoare la data de 15 februarie 2013, prevedea că „instanța de executare este judecătoria în circumscripția căreia se află biroul executorului judecătoresc care face executarea, în afara cazurilor în care legea dispune altfel". Această soluție legislativă a fost declarată neconstituțională prin Decizia nr. 348/2014 a Curții Constituționale (publicată în Monitorul Oficial nr. 529 din 16 iulie 2014), ulterior fiind înlocuită cu soluția legislativă aplicabilă și în prezent, prin Legea nr. 138/2014. A se vedea N.-H. Țiț, *Aspecte practice privind determinarea competenței instanței de executare*, în Revista de Științe Juridice, nr. 1/2019, pp. 27-40.

[15] Textul de lege exista în forma actuală și în redactarea inițială a noului Cod de procedură civilă. Ulterior, prin Legea nr. 138/2014, a fost restrânsă posibilitatea prorogării de competență a executorului judecătoresc numai în cazul bunurilor urmăribile mobile (a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă, op. cit.,* pp. 117-121). Prin Legea nr. 17/2017, s-a revenit la soluția legislativă inițială, astfel încât, la momentul de față, este posibilă prorogarea de competență atât în materie mobiliară, cât și imobiliară (a se vedea E. Oprina, V. Bozeșan, *Analiza ultimelor modificări aduse în materia procedurii civile și a executării silite, în special, prin Legea nr. 17/2017*, disponibil la adresa https://www.juridice.ro/ 500604/analiza-ultimelor-modificari-aduse-materia-procedurii-civile-si-executarii-silite-special-prin-legea-nr-172017.html#_ftn18, accesată la data de 30.11.2021)

mai exact prevederea potrivit căreia aceste efecte se produc pe întreg teritoriu țării. Prin urmare, odată încuviințată executarea silită, executorul judecătoresc devine competent nu doar pentru urmărirea bunurilor aflate în raza de competență a curții de apel în circumscripția în care își desfășoară activitatea, ci și pentru bunurile aflate în circumscripția altor curți de apel, fără a mai fi necesară obținerea altei încuviințări a executării silite. Numai în cazul în care, ulterior încuviințării executării silite, nu sunt identificate bunuri în circumscripția curții de apel în care își desfășoară activitatea executorul sesizat de creditor, însă astfel de bunuri există în circumscripția altor curți de apel, este necesară formularea unei cereri de înlocuire a executorului judecătoresc, în vederea continuării procedurii execuționale, potrivit art. 652 alin. (4) C. pr. civ[16].

Textul de lege ridică mai multe probleme de interpretare. În primul rând, față de redactarea acestuia, care se referă la „bunuri urmăribile, mobile sau imobile" se ridică problema dacă prorogarea de competență operează exclusiv în baza existenței bunurilor urmăribile în raza mai multor curți de apel sau este necesară declanșarea efectivă a executării silite asupra acestor bunuri; altfel spus, se ridică problema dacă simpla existență a unui bun mobil sau imobil în circumscripția curții de apel în raza căreia își desfășoară activitatea este suficientă pentru a justifica declanșarea executării silite asupra unor bunuri aflate în circumscripția altei curți de apel, chiar dacă bunurile aflate în circumscripția curții de apel în care executorul respectiv este competent nu ar fi supuse urmăririi silite. Cu privire la această chestiune, se remarcă faptul că textul de lege se referă la „bunuri urmăribile", nu la „bunuri urmărite"; prin urmare, trebuie să existe, potențial, posibilitatea urmăririi silite asupra bunurilor respective, chiar dacă aceasta nu a fost încă declanșată. O interpretare contrară ar contraveni dispozițiilor art. 622 alin. (3) și art. 666 alin. (4) C. pr. civ., care permit creditorului, ca o componentă a principiului disponibilității în procedura de executare silită, să recurgă la modalitățile de executare pe care le consideră adecvate, simultan sau succesiv, în vederea realizării drepturilor cuprinse în titlul executoriu.

Prin urmare, spre exemplu, dacă debitorul deține doar bunuri mobile în circumscripția curții de apel în raza căreia își desfășoară activitatea executorul judecătoresc sesizat cu cererea de executare, însă deține și un bun imobil, situat în circumscripția unei alte curți de apel, executorul va putea trece la executarea bunului imobil respectiv, chiar dacă nu a efectuat acte de executare asupra bunurilor mobile. Dacă însă în circumscripția curții de apel în care își desfășoară activitatea executorul nu se găsește nici un bun urmăribil, va fi necesară înlocuirea executorului, așa cum am arătat și mai sus.

[16] Nici în această situație nu va fi necesară obținerea unei noi încuviințări a executării silite, dispozițiile art. 652 alin. (4) C. pr. civ. referindu-se la „continuarea executării silite printr-un alt executor judecătoresc" (a se vedea N.-H. Țiț, *Încuviințarea executării silite*, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 296-297).

Dispozițiile legale referitoare la prorogarea de competență a executorului de la art. 652 alin. (2) C. pr. civ., precum și cele referitoare la înlocuirea executorului judecătoresc, în ipoteza prevăzută de art. 652 alin. (4) C. pr. civ., sunt consecința faptului că, la momentul încuviințării executării silite, instanța nu poate face decât o evaluare *prima facie* a competenței executorului judecătoresc, bazată, de cele mai multe ori, pe niște prezumții[17]. Este adevărat că art. 666 alin. (5) pct. 1 C. pr. civ. prevede ca motiv de respingere a cererii de încuviințare situația în care „cererea de executare este de competența altui organ de executare decât cel sesizat", însă, în majoritatea situațiilor, la momentul declanșării procedurii execuționale nu sunt cunoscute încă bunurile urmăribile ale debitorului, acestea urmând a fi determinate ca urmare a demersurilor făcute de executorul judecătoresc și pe baza informațiilor primite de acesta de la terți, în temeiul art. 660 C. pr. civ., sau furnizate chiar de către debitor, la solicitarea executorului, potrivit art. 627 alin. (2) și art. 647 alin. (2) C. pr. civ.

Prin urmare, este posibil ca, ulterior sesizării executorului judecătoresc cu privire la care se poate prezuma că este competent, cel puțin pentru anumite modalități de executare (spre exemplu, executorul din circumscripția curții de apel în raza căreia se găsește domiciliul sau sediul debitorului), acesta să identifice bunuri urmăribile aflate în circumscripția unei alte curți de apel; dacă, raportat la bunuri aflate în circumscripția curții de apel în care își desfășoară activitatea, executorul judecătoresc este competent, atunci el își extinde competența și pentru urmărirea bunurilor aflate în circumscripția unei alte curți de apel, rațiunea avută în vedere de legiuitor fiind aceea a unei mai bune realizări și gestionări a actelor de executare, în vederea recuperării cât mai rapide a creanței, cu minimizarea cheltuielilor de executare angajate în acest scop[18].

3. Prorogarea de competență în materia popririi

O a doua problemă de interpretare referitoare la dispozițiile art. 652 alin. (2) C. pr. civ. vizează aplicabilitatea acestora în cazul executării silite prin poprire. Se ridică astfel întrebarea dacă, spre exemplu, executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel în raza căreia se găsesc bunuri ale debitorului, nu însă și domiciliul ori sediul acestuia, este competent să realizeze executarea silită prin poprire a debitorului respectiv. În doctrină a fost exprimată opinia

[17] A se vedea B. Dumitrache, *Verificarea, în faza încuviințării executării silite, a necompetenței teritoriale a executorului judecătoresc*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 206-215; N.-H. Țiț, *Încuviințarea executării silite, op. cit.*, pp. 326-334.

[18] Pentru o analiză critică a dispozițiilor legale referitoare la competența teritorială a executorului judecătoresc, a se vedea C. Lungănașu, *Competența instanței de executare și a executorului judecătoresc în procedura execuțională – câteva probleme*, în Revista Română de Executare Silită, Nr. 1/2020, pp. 68-73.

conform căreia prorogarea de competență prevăzută de art. 652 alin. (2) C. pr. civ. operează și în materia popririi, având ca principal argument faptul că aceasta este subsumată executării silite mobiliare[19].

Apreciem că această opinie nu este la adăpost de critică, din cel puțin două motive: în primul rând, dispozițiile art. 652 alin. (2) au caracter excepțional, permițând o extindere a competenței executorului judecătoresc în afara circumscripției teritoriale a curții de apel în raza căruia este competent, potrivit legii; prin urmare, interpretarea trebuie să fie una restrictivă. Or, atât timp cât textul se referă la „bunuri urmăribile, mobile sau imobile", se poate concluziona că sunt vizate exclusiv modalitățile executării silite indirecte imobiliară și mobiliară propriu zisă. Aceasta și în condițiile în care, acolo unde legiuitorul a înțeles să facă referire și la poprire, a prevăzut-o în mod expres: la art. 652 alin. (4) C. pr. civ., se menționează că este necesară înlocuirea executorului în cazul în care „nu sunt bunuri și venituri urmăribile" în raza de competență a executorului sesizat. Este adevărat că în contextul reglementării competenței exclusive a executorului de la domiciliul sau sediul debitorului pentru urmărirea prin poprire, referirea la existența „veniturilor urmăribile" de la art. 652 alin. (4) C. pr. civ. nu își mai găsește eficiența, însă aceasta nu este de natură să invalideze argumentul că, acolo unde legiuitorul a înțeles să facă referire la poprire a menționat-o în mod expres.

Al doilea argument care ar putea fi formulat împotriva tezei aplicabilității art. 652 alin. (2) C. pr. civ. în materia popririi vizează raportul dintre dispozițiile art. 782 și cele ale art. 652 C. pr. civ. Competența executorului judecătoresc pentru executarea prin poprire este reglementată printr-un text de lege special, poprirea nefiind menționată între modalitățile de executare de la art. 652 alin. (1) C. pr. civ. Prin urmare, se poate conchide că, criticabil sau nu, legiuitorul a avut în vedere o reglementare expresă și derogatorie pentru executarea prin poprire, dispozițiile art. 782 C. pr. civ. înlăturând de la aplicare regulile de stabilirea a competenței prevăzute de art. 652 C. pr. civ. Această concluzie ar fi întărită și de faptul că art. 782 alin. (2) C. pr. civ. prevede, în mod expres, că dispozițiile art. 652 alin. (5) C. pr. civ. sunt aplicabile; or, în condițiile în care regula de competență de la art. 782 alin. (1) C. pr. civ. s-ar fi completat cu dispozițiile art. 651 C. pr. civ., trimiterea pe care o face alin. (2) nu ar mai fi fost necesară. Prin urmare, legiuitorul a înțeles ca pentru stabilirea competenței executorului să instituie o regulă distinctă, cu caracter special, în materia popririi, doar

[19] Tr. C. Briciu, *Comentariu sub art. 782 C. pr. civ.*, în V. M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. II – art. 527 – 1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 809-810; E. Oprina, V. Bozeșan, *Ipoteze practice privind competența executorului judecătoresc*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 2, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp. 212-213.

dispozițiile alin. (5) ale art. 652 C. pr. civ. aplicându-se, în completare, grație trimiterii făcute în mod expres.

Apreciem, totuși, că aceste argumente nu pot fi suficient de puternice pentru a înlătura aplicabilitatea art. 652 alin. (2) C. pr. civ. în materia popririi.

În primul rând, trebuie observat că obiectul executării silite prin poprire nu este limitat la sumele de bani datorate de terți debitorului, ci include și titlurile de valoare, bunurile mobile incorporale și chiar bunuri mobile corporale, potrivit art. 781 alin. (1) C. pr. civ. Prin urmare, a concluziona că art. 652 alin. (2) C. pr. civ., referindu-se la „bunuri urmăribile, mobile sau imobile", exclude de la posibilitatea prorogării de competență a executorului judecătoresc executarea prin poprire ar constitui o eroare de interpretare a reglementărilor care privesc obiectul popririi. Aceasta este o modalitate de urmărire silită mobiliară, ale cărei particularități procedurale impun stabilirea unor reguli popririi, distincte de cele ale urmăririi silite mobiliare propriu zise. Aceeași observație este, de altfel, valabilă și pentru urmărirea fructelor sau veniturilor bunurilor imobile ale debitorului, care sunt, la rândul lor, modalități de urmărire silită mobiliară, dar cu privire la care legiuitorul a înțeles să stabilească o altă regulă de competență teritorială decât cea specifică urmăririi mobiliare propriu-zise. Aceasta nu înseamnă însă că toate aceste modalități de urmărire mobiliară sunt excluse de la aplicarea dispozițiilor art. 652 alin. (2) C. pr. civ., referitoare la prorogarea de competență a executorului judecătoresc. Prin urmare, dispozițiile art. 782 C. pr. civ. nu fac altceva decât să stabilească regula de competență în materia urmăririi prin poprire, nicidecum să înlăture de la aplicare dispozițiile art. 652 alin. (2) C. pr. civ.

Nici faptul că art. 782 alin. (2) C. pr. civ. face trimite doar la alin. (5) al art. 652 C. pr. civ. nu poate fi reținut ca un argument valid. Dacă ar fi așa, respectiv dacă trimiterea făcută numai către alin. (5) ar exclude aplicarea alin. (2), asta ar însemna că nu ar fi aplicabil, în materia popririi, nici alin. (3) al art. 652 C. pr. civ., din moment ce nici la acesta nu se face trimitere în mod expres. Or, în mod evident, atât timp cât competența executorului în materie de poprire se stabilește prin raportare la domiciliul sau sediul debitorului, dispozițiile art. 652 alin. (3) C. pr. civ. sunt pe deplin aplicabile, în sensul că se va avea în vedere domiciliul sau sediul debitorului la momentul declanșării procedurii execuționale, o eventuală modificare a acestuia după sesizarea executorului judecătoresc nemaiputând avea relevanță cu privire la stabilirea competenței acestuia.

În fine, un al treilea argument în favoarea tezei conform căreia prorogarea de competență a executorului operează și în materia popririi pornește de la observația că dispozițiile art. 782 alin. (1) C. pr. civ. nu reglementează și ipoteza debitorului cu domiciliul sau sediul în străinătate. Desigur, executarea silită prin poprire rămâne o modalitate de executare silită indirectă mobiliară, astfel încât, în ipoteza în care domiciliul sau sediul debitorului nu se află în România, devine aplicabilă regula generală de la art. 652 alin. (1) lit. b) C. pr. civ., respectiv va fi

competent orice executor judecătoresc din România, indiferent de domiciliul sau sediul terțului poprit[20]. Prin urmare, caracterul special al dispozițiilor art. 782 C. pr. civ. nu conduc la înlăturarea, în totalitate, a regulilor cuprinse la art. 652 C. pr. civ.; din contră, în cazul în care regula specială de competență configurată de legiuitor în materia popririi nu este suficientă sau nu acoperă situația concretă analizată, devin aplicabile dispozițiile de drept comun, care, în speță, sunt cele de la art. 652 C. pr. civ., chiar dacă trimiterea pe care o face art. 782 alin. (2) C. pr. civ. ar putea fi considerată, la o primă lectură, una restrictivă. O interpretare contrară ar contraveni regulilor referitoare la obiectul executării prin poprire și ar conduce la situații imposibil de gestionat în practică.

În concluzie, în acord cu opiniile exprimate în doctrină, apreciem că prorogarea de competență teritorială a executorului judecătoresc operează și în materia popririi, fiind posibilă înființarea popririi de către un executor judecătoresc din circumscripția altei curți de apel decât cea în care se găsește domiciliul ori sediul debitorului, dacă în raza acesteia există bunuri urmăribile, mobile sau imobile, ale debitorului respectiv.

4. Prorogarea de competență a executorului judecătoresc în cazul pluralității de debitori

O problemă practică deosebit de importantă este cea referitoare la stabilirea competenței teritoriale a executorului judecătoresc în ipoteza în care executarea silită este declanșată în contradictoriu cu mai mulți debitori.

În practica execuțională sunt întâlnite frecvent situații în care titlul executoriu permite declanșarea executării silite împotriva mai multor debitori obligați în solidar sau împotriva debitorilor și terților garanți care, de asemenea, s-au obligat în solidar cu debitorul. În doctrina clasică a dreptului procesual civil a fost evidențiat caracterul unipatrimonial al executării silite, reținându-se, în acest sens, că, de principiu, nu este posibilă o coparticipare procesuală pasivă în etapa executării silite[21].

Recent, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut, în soluționarea unui recurs în interesul legii, că, în ceea ce privește competența instanței de executare, în etapa încuviințării executării silite, sunt aplicabile dispozițiile art. 112 C. pr. civ., în ipoteza în care executarea silită este declanșată contra mai multor debitori, în baza dispozițiilor titlului executoriu. Astfel, prin Decizia nr. 20/2021[22], Completul pentru soluționarea recursului în interesul legii a stabilit

[20] A se vedea E. Oprina, V. Bozeșan, *Ipoteze practice privind competența executorului judecătoresc*, *op. cit.*, pp. 207-208; G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1142, nota de subsol nr. 1.

[21] A se vedea I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberștein, *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite*, Editura Academiei, București, 1966, pp. 47-48; S. Zilberstein, V. M. Ciobanu, *Tratat de executare silită*, Editura Lumina Lex, București, 2001, pp. 56-57.

[22] Publicată în Monitorul Oficial nr. 1083 din 11 noiembrie 2021.

că „în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 651 alin. (1), art. 666, art. 712, art. 714 și art. 112 din Codul de procedură civilă, instanța de executare competentă teritorial să soluționeze contestația la executare propriu-zisă formulată de unul dintre debitorii la care se referă titlul executoriu este judecătoria care a încuviințat executarea silită a acelui titlu executoriu, în afara cazurilor în care legea dispune altfel." Premisa acestei soluții a Înaltei Curți este aceea a declanșării executării silite contra mai multor debitori, ale căror domicilii ori, după caz, sedii, se află în circumscripția unor curți de apel diferite, în legătură cu care a fost dată încuviințarea executării de către una dintre instanțele stabilite prin raportare la aceste domicilii sau sedii. În baza unui raționament care pornește de la clarificarea noțiunii de competență exclusivă și valorifică principiul unicității instanței de executare, instanța supremă stabilește că, odată ce a încuviințat executarea, competența teritorială a instanței de executare rămâne fixată la instanța respectivă, cu consecința că aceasta va fi competentă să soluționeze și contestațiile la executare sau alte incidente apărute pe parcursul executării care sunt, potrivit legii, de competența instanței de executare, în temeiul art. 651 alin. (3) C. pr. civ[23]. Se face, în considerentele deciziei Înaltei Curți, o distincție importantă între situația coparticipării procesuale care, așa cum am arătat, în materia executării silite nu este, de principiu, posibilă, și aceea a pluralității de debitori, aceasta din urmă fiind, în numeroase situații, întâlnită în practică, datorită avantajelor pe care le are executarea tuturor debitorilor sau terților garanți în cadrul aceluiași dosar execuțional[24].

[23] În acest sens, re arată în paragraful 73 al Deciziei nr. 20/2021 că „ (...) în materia analizată, din perspectiva dispozițiilor art. 651 alin. (1) și (3) din același cod, instanța de executare a fost stabilită odată cu pronunțarea încheierii de încuviințare a executării silite, iar acest aspect nu mai poate fi reapreciat în cadrul contestației la executare propriu-zise, prin care se contestă executarea silită deja declanșată, pentru că hotărârea prin care a fost încuviințată executarea silită a tranșata în mod necesar și problema calificării instanței care a pronunțat-o ca având statutul de instanță de executare."

[24] Se reține în acest sens, în paragrafele 75-78 din Decizia nr. 20/2021 se reține că „ (...) se impune a fi precizat că pluralitatea de debitori în faza executării silite reiese, de regulă, din conținutul înscrisului care constituie titlu executoriu, potrivit dispozițiilor legale. Cu toate acestea, trebuie făcută o distincție între incompatibilitatea coparticipării procesuale pasive în faza executării silite a procesului civil și posibilitatea existenței pluralității de debitori în faza de executare silită a procesului civil. Este posibilă existența mai multor debitori în cadrul aceleiași proceduri execuționale câtă vreme actele de executare silită urmează să fie efectuate distinct pentru fiecare debitor urmărit. Executarea urmează să fie efectuată separat pentru fiecare debitor în parte, patrimoniul fiecărui debitor fiind supus în mod separat formelor de urmărire prevăzute de lege. Cu alte cuvinte, este posibil ca prin aceeași cerere de executare silită și în cadrul aceleiași proceduri execuționale creditorul să urmărească mai mulți debitori în situația în care debitorii sunt obligați divizibil (pentru recuperarea de la fiecare a părții de creanță pe care o datorează) sau solidar (prin urmărirea tuturor debitorilor concomitent).

În acest context, se ridică problema dacă se poate considera că, în cazul declanșării procedurii execuționale împotriva mai multor debitori sau terți garanți[25], operează o prorogare de competență a executorului judecătoresc, în cazul în care bunurile urmăribile ale debitorilor ori terților garanți se găsesc în circumscripția unor curți de apel diferite sau, după caz, domiciliile ori sediile debitorilor sau terților garanți se află în raza unor curți de apel diferite. Practica instanțelor judecătorești este divergentă în legătură cu astfel de situații, în special în cazul în care se dorește executarea silită prin poprire a unor

Conform dispozițiilor art. 648 din Codul de procedură civilă, creditorul, în condițiile legii, poate urmări, în limita creanței și a accesoriilor acesteia, concomitent sau, după caz, separat și bunurile terților care au garantat plata datoriilor debitorului (fideiusor, garant ipotecar).

Faptul că, în temeiul principiului disponibilității, creditorul are dreptul să ceară executarea silită în același timp a mai multor debitori prin aceeași cerere de executare silită nu trebuie pus sub semnul egalității cu existența unei coparticipări procesuale pasive în faza execuțională a procesului civil. Aceasta, pentru că creditorul este obligat să inițieze, în mod separat, o procedură de executare distinctă pentru fiecare dintre debitorii săi, prin procedură de executare înțelegându-se modalitatea concretă de realizare a creanței, iar nu formarea obligatorie a unor dosare execuționale separate, întrucât, deși fizic mai mulți debitori pot figura ca părți în cadrul aceluiași dosar de executare, din punct de vedere juridic prezența fiecăruia dă naștere unor demersuri execuționale distincte și separate, în considerarea caracterului propriu al patrimoniului fiecăruia. Executarea silită își păstrează și în aceste situații caracterul unipatrimonial, actele de urmărire fiind efectuate prin raportare la patrimoniul fiecărui debitor, constituirea unui singur dosar de executare fiind doar o opțiune a creditorului, care poate stabili cadrul procesual execuțional, drept componentă a principiului disponibilității, prin raportare la limitele stabilite prin titlul executoriu.

Așadar, situația pluralității de debitori, pentru care un creditor pornește executarea silită în temeiul unui singur titlu împotriva mai multor debitori, nu se confundă cu coparticiparea procesuală pasivă care, de regulă, este exclusă în cadrul celei de-a doua faze a procesului civil. (...)"

[25] Apreciem că terților garanți trebuie să li se asigure, din punct de vedere al dreptului execuțional, același statut cu al debitorului, în temeiul art. 648 alin. (1) C. pr. civ. Astfel, textul de lege prevede că, în ipoteza în care creditorul înțelege să declanșeze procedura execuțională împotriva terțului garant (fie concomitent, fie separat de executarea debitorului), acestuia i se aplică același set de drepturi și obligații procesuale ca și debitorului. Prin urmare, inclusiv în ceea ce privește determinarea competenței instanței de executare și a executorului judecătoresc, terțul garant trebuie considerat, în plan procesual, un debitor. Pentru opinia contrară, respectiv cea conform căreia, în cazul în care cererea de executare este formulată atât în contradictoriu cu debitorul principal, cât și cu fidejusorul sau garantul ipotecar, sunt aplicabile dispozițiile tezei a II-a a art. 112 alin. (1) C. pr. civ., a se vedea Ș. Mircioiu, I. M. Dragoste, *Stabilirea competenței instanței de executare în cazul pluralității de debitori cu domicilii sau sedii diferite*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 1/2020, pp. 86-87.

debitori/terți garanți cu domiciliile/sediile aflate în circumscripția unor curți de apel diferite.

Într-o primă orientare a practicii, s-a reținut că dispozițiile art. 112 C. pr. civ. sunt aplicabile, în mod corespunzător, și pentru determinarea competenței executorului judecătoresc, în ipoteza formulării cererii de executare contra mai multor debitori și/sau terți garanți. S-a reținut în sprijinul acestei opinii că, atât timp cât legea nu cuprinde nicio dispoziție referitoare la această ipoteză, iar pluralitatea de debitori este posibilă raportat la dispozițiile titlului executoriu, creditorul poate sesiza un singur executor judecătoresc, nefiind necesară constituirea mai multor dosare de executare, la executori competenței prin raportare la domiciliul/sediul fiecărui debitor/terț garant ori la locul situării bunurilor acestora. Într-o astfel de situație, creditorul poate alege oricare dintre executorii competenți, potrivit criteriilor prevăzute de art. 652 alin. (1) C. pr. civ., pentru unul dintre debitori/terți garanți, acesta prorogându-și competența și cu privire la executarea celorlalți[26].

Într-o a doua orientare a practicii judiciare, s-a reținut că dispozițiile legale referitoare la competența executorului judecătoresc nu pot fi completate cu cele referitoare la competența instanței; prin urmare, în măsura în care executorul judecătoresc sesizat de creditor nu este competent să realizeze urmărirea silită pentru toți debitorii ori terții garanți împotriva cărora titlul executoriu ar permite declanșarea executării, va fi necesară constituirea de dosare execuțional separate, la executorii judecătorești competenți pentru fiecare dintre acești debitori/terți garanți[27].

[26] Spre exemplu, în motivarea Deciziei civile nr. 187A/22.01.2019 a Tribunalului București – Secția a V-a Civilă (disponibilă la adresa http://www.rolii.ro/hotarari/5c9055d5e49009bc0000008f, accesată la data de 30.11.2021), s-a reținut că „ (...) în absenta unor dispoziții speciale care să reglementeze modalitatea în care se stabilește competenta executorului judecătoresc în cazul pluralității de debitori cu domicilii diferite, este aplicabilă norma cu caracter general cuprinsă la art. 112 C. pr. civ., potrivit căreia cererea de chemare în judecată a mai multor pârâți poate fi introdusă la instanța competentă pentru oricare dintre aceștia. Acest text reglementează un caz de prorogare legală de competență în cazul pluralității de pârâți, aplicabil pentru identitate de rațiune și în ceea ce privește competenta executorului judecătoresc. Așadar, în cazul în care cererea de executare silită prin poprire vizează mai mulți debitori, care au domiciliile în raza unor curți de apel diferite, executorul judecătoresc al cărui sediu se află în raza uneia dintre aceste curți de apel, este competent sa desfășoare procedura de executare silită și pentru celălalt debitor, în temeiul dispozițiilor art. 112 C. pr. civ. Aceasta soluție se impune și pentru evitarea unor costuri suplimentare generate de deschiderea a două dosare de executare silita."

[27] Spre exemplu, în motivarea Deciziei civile nr. 3013/27.09.2019 a Tribunalului București, Secția a IV-a civilă (reprodusă în G.-A. Lazăr, V. Penteleev, *Executarea silită în temeiul contractelor de credit. Practică judiciară comentată*, Editura Universul Juridic, București, 2021, pp. 482-488), s-a reținut că: „ (...) În ceea ce privesc criticile formulate de

În acord cu opiniile exprimate în doctrină[28], apreciem că cea de-a doua orientare a practicii judiciare este corectă. La argumentele pertinente exprimate deja în susținerea acesteia, înțelegem să adăugăm următoarele.

În primul rând, delimitarea între regulile aplicabile competenței instanței de executare și cele referitoare la competența teritorială a executorului judecătoresc rezultă cu claritate din dispozițiile art. 651 și art. 652 C. pr. civ.; legiuitorul a stabilit soluții legislative diferite pentru determinarea competenței teritoriale ale celor două categorii de participanți la procedura de executare silită, raportându-se exclusiv la criterii referitoare la domiciliul sau sediul debitorului ori, după caz, creditorului, în cazul instanței și la trei categorii de criterii, în cazul executorului judecătoresc, așa cum s-a arătat și mai sus. Această distincție rezultă cu claritate din dispozițiile art. 652 alin. (5) și art. 782 alin. (2) C. pr. civ., care prevăd nulitatea necondiționată a actelor de procedură efectuate cu încălcarea normelor de competență a executorului judecătoresc; dacă dispozițiile legale referitoare la competența executorului s-ar fi completat cu cele referitoare la competența instanței, aceste dispoziții legale nu ar mai fi fost necesare; or, faptul că legiuitorul a înțeles să menționeze expres sancțiunea nulității necondiționate în cazul încălcării normelor referitoare la competența executorului judecătoresc are și semnificația că a avut intenția de a configura un set de reguli de competență propriu acestui participant la executarea silită, independent de regulile de competență stabilite pentru instanța de executare.

către apelanta-petentă privind aplicabilitatea în cauză a prevederilor art. 112 Cod procedură civilă, în sensul că, fiind vorba despre doi debitori executați în baza aceluiași titlu executoriu și în lipsa unei reglementări exprese, se aplică prin analogie și executării silite dispozițiile specifice pluralității de pârâți din cursul judecății, tribunalul le constată neîntemeiate având în vedere că prin aceste susțineri petenta a făcut o confuzie între competența instanței de executare în cadrul procedurii executării silite și competența executorului judecătoresc de a dispune declanșarea executării silite prin poprire, determinarea competenței în cele două situații fiind reglementată prin norme legale distincte. În aceste condiții, nu se poate vorbi despre o analogie între modalitatea de stabilire a competenței instanței de executare și cea a executorului judecătoresc, textele de lege aplicabile în aceste cazuri fiind clare și de strictă interpretare și aplicare. Mai mult decât atât, tribunalul arată si faptul că în măsura în care legiuitorul ar fi dorit aplicarea în materia executării silite cu privire la competența executorului judecătoresc a unei analogii referitoare la normele de competență în cazul pluralității de pârâți din faza de judecată, ar fi reglementat acest aspect în mod expres. Pe cale de consecință, prevederile art. 112 Cod procedură civilă, nu ar putea fi aplicate prin analogie și în faza de executare silită, cu atât mai puțin în vederea determinării competenței executorului judecătoresc în procedura declanșării executării silite prin poprire, unde interpretarea și aplicarea prevederilor art. 782 se face sub sancțiunea nulității necondiționate de producerea unei vătămări, legiuitorul prezumând vătămarea cauzată de nerespectarea acestor dispoziții."

[28] E. Oprina, V. Bozeșan, *Ipoteze practice privind competența executorului judecătoresc*, *op. cit.*, pp. 208-212.

În al doilea rând, așa cum am arătat și mai sus, regulile referitoare la prorogarea de competență a executorului judecătoresc au caracter excepțional și sunt, prin urmare de strictă interpretare; este adevărat că dispozițiile art. 652 alin. (2) C. pr. civ. nu se referă, în mod expres, la un singur debitor, prin urmare, ar putea fi lecturat și în cheia unei posibile prorogări a competenței executorului judecătoresc în cazul în care bunurile urmăribile, situate în circumscripția mai multor curți de apel, ar aparține mai multor debitori. Această interpretare ar fi, însă, contrară principiului unipatrimonial al executării silite; rațiunea art. 652 alin. (2) C. pr. civ. și prorogarea de competență pe care acest text de lege o instituie derivă chiar din acest principiu – competența teritorială a executorului judecătoresc se extinde tocmai în considerarea faptului că bunurile urmăribile, aflate în circumscripția mai multor curți de apel, aparțin aceluiași patrimoniu. Prin urmare, în cazul în care bunurile respective, situate în circumscripția unor curți de apel diferite, ar aparține unor debitori ori terți garanți diferiți, rațiunea prorogării de competență încetează să mai existe.

În concluzie, apreciem că dispozițiile art. 112 C. pr. civ. nu pot fi aplicate, prin analogie, pentru stabilirea competenței teritoriale a executorului judecătoresc. Prin urmare, o eventuală pluralitate de debitori ar putea fi întâlnită numai în cazul în care executorul judecătoresc sesizat este competent pentru toți debitorii ori, după caz, terții garanți, raportat la domiciliile/sediile acestora sau la locul situării bunurilor urmăribile.

5. Concluzii

Una dintre principalele garanții ale principiului legalității în faza de executare silită este reprezentată de respectarea regulilor privind competența teritorială a executorului judecătoresc. Efectuarea unor acte de executare de către un organ de executare necompetent atrage sancțiunea nulității necondiționate de existența unei vătămări; prin urmare, corecta interpretare și aplicare a regulilor de competență a executorului judecătoresc au o importanță deosebită.

Stabilirea situațiilor în care poate opera o prorogare (extindere) a competenței executorului judecătoresc, raportat la dispozițiile art. 652 alin. (2) C. pr. civ., constituie, în acest context, un demers de interpretare necesar și complex.

Apreciem că, raportat la obiectul executării silite prin poprire, extinderea competenței teritoriale a executorului judecătoresc operează și în cazul acestei modalități de executare silită; prin urmare, dacă executorul judecătoresc este competent să realizeze actele de executare prin raportare la situarea bunurilor mobile sau imobile ale debitorului în circumscripția unei curți de apel, acesta este competent și să înființeze poprirea, chiar dacă domiciliul sau sediul debitorului se găsește în circumscripția unei alte curți de apel.

Considerăm însă că prorogarea de competență nu operează în cazul în care se dorește declanșarea executării silite împotriva mai multor debitori sau terți garanți, chiar dacă dispozițiile titlului executoriu ar permite aceasta, în cazul în care domiciliile/sediile ori, după caz, bunurile urmăribile aparținând acelor terți garanți ar fi situate în circumscripția unor curți de apel diferite. Cu alte cuvinte, apreciem că, raportat la caracterul unipatrimonial al executării silite, o eventuală pluralitate de debitori în cadrul aceluiași dosar execuțional nu ar putea fi acceptată decât dacă executorul sesizat este competent pentru urmărirea tuturor debitorilor și terților garanți, potrivit regulilor de la art. 652 alin. (1) C. pr. civ., respectiv art. 782 alin. (1) C. pr. civ. (pentru executarea prin poprire).

Cu toate acestea, având în vedere soluțiile divergente pronunțate de instanțele judecătorești cu privire la această ultimă chestiuni, apreciem că este necesară intervenția instanței supreme și pronunțare unei soluții de unificare a practicii judiciare, pe calea dezlegării chestiunilor de drept sau recursului în interesul legii.

Bibliografie:

Boroi G., Stancu M., *Drept procesual civil*, ed. a 5-a, rev. şi ad., Editura Hamangiu, București, 2020

Bozeșan V., *Ipoteze practice privind raportul dintre disponibilitatea părților și rolul activ al executorului judecătoresc*, în Oprina E., Bozeșan V., *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 28-34

Briciu Tr. C., *Comentariu sub art. 782 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M., *Noul Cod de procedură civilă comentat şi adnotat, Vol. II – art. 527 – 1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016

Ciobanu V. M., Nicolae M. (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. II – art. 527 – 1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016

Deleanu I., *Tratat de procedură civilă.* Volumul I, Ediția revăzută, completată și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2013

Dumitrache B., *Verificarea, în faza încuviințării executării silite, a necompetenței teritoriale a executorului judecătoresc*, în Oprina E., Bozeșan V., *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice, Volumul 1*, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 206-215

Durac Gh., *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2020

Frențiu G. C., *Competența executorului judecătoresc în cazul urmăririi silite a unor debitori obligați solidar*, în Oprina E., Bozeșan V., *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 135-144

Hilsenrad A., Zilberștein S., *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite*, Editura Academiei, București, 1966

Lazăr G.-A., Penteleev V., *Executarea silită în temeiul contractelor de credit. Practică judiciară comentată*, Editura Universul Juridic, București, 2021

Leș I. (coordonator), *Drept procesual civil. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2021

Lungănașu C., *Competența instanței de executare și a executorului judecătoresc în procedura execuțională – câteva probleme*, în Revista Română de Executare Silită, Nr. 1/2020, pp. 63-73

Mircioiu Ș., Dragoste I. M., *Stabilirea competenței instanței de executare în cazul pluralității de debitori cu domicilii sau sedii diferite*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 1/2020, pp. 74-92

Oprina E., Bozeșan V., *Analiza ultimelor modificări aduse în materia procedurii civile și a executării silite, în special, prin Legea nr. 17/2017*, disponibil la adresa https://www.juridice.ro/500604/analiza-ultimelor-modificari-aduse-materia-procedurii-civile-si-executarii-silite-special-prin-legea-nr-172017.html#_ftn18

Oprina E., Bozeșan V., *Ipoteze practice privind competența executorului judecătoresc*, în E. Oprina, 16. V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 2, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp. 202-217.

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

Țiț N.-H., *Aspecte practice privind determinarea competenței instanței de executare*, în Revista de Științe Juridice, nr. 1/2019, pp. 27-40

Țiț N.-H., *Considerații cu privire la executarea silită a obligațiilor de a face sau de a nu face intuitu personae*, în M. Nicolae, R. Rizoiu, I.L. Toma-Dauceanu, *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Editura Universul Juridic, București, 2018, pp. 334-358

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

Țiț N.-H., *Încuviințarea executării silite*, Editura Universul Juridic, București, 2018

Țiț N.-H., *Rolul activ al judecătorului în identificarea și calificarea actelor și faptelor deduse judecății. Câteva considerații*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 1/2021

Zilberstein S., Ciobanu V. M., *Tratat de executare silită*, Editura Lumina Lex, București, 2001

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-9

Considerații cu privire la legalitatea prețului în produse și servicii în contractele de publicitate comercială

Consideration on the Lawfulness of a Price Established in Products and Services in Advertising Contracts

AURA-ELENA AMIRONESEI[1]

Rezumat: Pornind de la răspunsul oferit de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în privința celor două întrebări preliminare ce au făcut obiectul cauzei C-371/20, în cadrul articolului vor fi analizate conceptele de „plată” și „preț” în contractele de publicitate comercială. Analiza va urmări deopotrivă dimensiunea europeană cuprinsă în cauza C-371/20, care va fi succint prezentată, și dimensiunea națională, unde noțiunile de plată și preț au propriile valențe ce ridică întrebări cu privire la legalitatea unui preț stabilit în produse și/sau servicii, mai ales în cazul unui contract nenumit precum contractul de publicitate comercială.

Cuvinte-cheie: publicitate comercială, barter, preț, contraprestație

Abstract: Starting from the response provided by the Court of Justice of the European Union to the preliminary questions raised in Case C-371/20, within the article there will be analysed the concepts of „payments” and „price” in the context of advertising contracts. The analysis will focus on both the European dimension enshrined in Case C-371/20, which will be summarised, and the Romanian dimension, wherein the notions of payment and price have their own intensions that raise questions concerning the lawfulness of a price established in products and/or services, especially in respect of an unnamed contract like the advertising contract.

Keywords: commercial advertising, barter, price, consideration

Introducere

Nevoia societăților de promovare a produselor și serviciilor lor a devenit din ce în ce mai stringentă în economia de piață în care trăim astăzi. Diversificarea fără precedent a ofertei de produse și servicii, prețurile din ce în ce mai competitive și consumatorii indecișii în fața multitudinii posibilităților,

[1] Doctorand, Facultatea de Drept din Iasi, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: aura.amironesei@gmail.com

alături de înflorirea constantă a societăților de tip *startup*[2] care trebuie să concureze cu actorii economici deja existenți pe piață au dus la proliferarea apelării la servicii de publicitate și la găsirea unor metode pentru ocolirea costurilor mari în bani presupuse de acestea.

Contractarea serviciilor de publicitate, alături de dorința de a ocoli prețul, s-au regăsit concomitent în termenul de „*barter*", preluat ca atare și pe piața națională și utilizat în special în mediul de afaceri, între antreprenori. Acesta implică o relație contractuală ce are ca obiect un schimb de bunuri și sau servicii, de natura sa fiind reciprocitatea prestațiilor și lipsa unui preț în bani. *Barter*-ul este în fapt o formă de comerț bilateral prin schimb comercial[3] de servicii și/sau bunuri, precursorul său fiind trocul.

Plecând de la acest context conturat la nivelul mediului de afaceri din România și analizând situația de fapt și hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, „CJUE") din cauza C-371/20[4], ne întrebăm care este calificarea juridică a contractului de publicitate comercială și dacă într-un astfel de contract, putem avea în mod legal un preț stabilit în produse și/sau servicii. Bineînțeles, răspunsul la întrebările noastre va pleca de la considerentele și dispozitivul hotărârii pronunțate în cauza C-371/20 și va avea drept principal reper legislația din România, în special prevederile Codului civil identificate drept aplicabile.

1. Cauza C-371/20. Situația de fapt și hotărârea CJUE

Nucleul factual al cauzei C-371/20 a fost reprezentat de o acțiune publicitară realizată de către o societate care împărțea cu o altă societate omonimă piața din Germania pentru desfacerea produselor lor constând în articole de îmbrăcăminte. Cele două societăți sunt Peek & Cloppenburg Düsseldorf (în continuare, „P&C D") și Peek & Cloppenburg Hamburg (în continuare, „P&C H"). Acestea sunt independente din punct de vedere juridic și economic, dar comercializează produse sub aceeași denumite socială, și anume „Peek & Cloppenburg", încheind un acord prin care își împart teritoriul german.

[2] Start2Act, *D5.3 Ghid de instruire pentru startup-uri*, [Online] la https://start2act.eu/assets/content/D5.3_Handbook%20for%20startup%20energy%20mentoring%20activities_ROpdf, accesat 20.11.2021, p. 5: „*Un startup este un proiect scalabil, inovativ și bazat pe tehnologie. Se numește startup în perioada de validare și creștere, dar nu există un interval de timp clar pentru aceasta".*

[3] O. Răvaș, *The utility of the barter agreement in international commercial trade*, în Annals of the University of Petroșani, Economics, vol. 11 (1), 2011, p. 224.

[4] CJUE, Cauza C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG c. Peek & Cloppenburg KG*, Hotărârea din 2 septembrie 2021, [Online] la https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245542&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1403863, accesat 20.11.2021.

P&C D a decis realizarea unei acțiuni de promovare care a constat într-o seară de cumpărături private și alte surprize, organizată în magazin. Pentru a disemina informația, a fost realizat un articol într-o revistă națională cu privire la seara de cumpărături. P&C D a oferit revistei respective și fotografii cu magazinul, spre a fi folosite în articol, cu titlu gratuit. Fotografiile surprindeau magazinul care avea deasupra inscripția „Peek & Cloppenburg", fără a face distincția între P&C D și P&C H, dar în cuprinsul articolului se făceau mențiuni clare cu privire la existența separată a celor două societăți.

P&C H s-a sesizat cu privire la publicarea articolului în cauză, introducând o acțiune împotriva P&C D în temeiul concurenței neloiale. Prin acțiune, a dorit să i se interzică societății P&C D publicarea de conținut publicitar fără a semnala expres acest caracter și a solicitat obligarea sa la furnizarea anumitor informații și la repararea prejudiciului cauzat. În drept, esența litigiului a fost reprezentată de pct. 11 din Anexa I la Directiva 2005/29[5] (în continuare, „pct. 11"), care prevede că „*A folosi conținutul editorial din mass-media pentru a promova un produs, în cazul în care comerciantul a plătit pentru această promovare, fără a specifica acest lucru prin conținut ori prin imagini sau sunete pe care consumatorul le poate identifica ușor (reportaj publicitar)*" reprezintă o practică comercială neloială în orice situație.

P&C H a câștigat în primă instanță, iar P&C D a introdus mai întâi apel, care a fost respins, și apoi recurs, moment în care s-au ridicat și întrebările preliminare care au fost adresate CJUE. Problema esențială viza dacă acțiunile P&C D cad cu adevărat sub umbrela punctului 11 din Anexa I la Directiva 2005/29, adică dacă se poate considera că a plătit pentru acel articol doar prin acordarea dreptului de a folosi fotografiile cu titlu gratuit, restul costurilor de publicare fiind acoperite de către revistă. Astfel, întrebările care au fost adresate CJUE și care sunt relevante pentru prezentul articol au constat în: dacă articolul din revistă poate fi calificat drept „reportaj publicitar" în contextul în care costurile sale au fost împărțite; dacă există posibilitatea de a avea un preț plătit în produse și servicii pentru servicii de publicitate și, în mod subsecvent, dacă e valabilă o plată realizată în produse și/sau servicii sau alte prestații în considerarea pct. 11. În opinia noastră, prin întrebările adresate, se mai ridică o întrebare implicită, și anume, dacă în cauza respectivă a fost sau nu încheiat un

[5] Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului, publicată în JO L 149, 11.6.2005, p. 22-39.

contract de publicitate comercială între revistă și P&C D, chiar și strict în sens de *negotium*[6].

În cauză, Curtea a reținut că pentru a fi incident pct. 11, plata trebuie să aibă drept scop promovarea produsului, existând așadar o legătură certă între conținutul publicitar și beneficiul patrimonial obținut pentru publicarea conținutului publicitar, legătură materializată în contraprestația oferită[7]. Prin urmare, orice contraprestație cu valoare patrimonială și care este dată cu scopul sau în schimbul promovării produselor și/sau serviciilor unui alt profesionist, reprezintă plată a serviciilor de promovare[8], deci a serviciilor de publicitate, deoarece conform art. 2 (a) din Directiva 2006/114[9], prin publicitate se înțelege „*orice formă de prezentare a unei activități comerciale (...) în scopul promovării furnizării de bunuri sau servicii (...)*”[10].

Prin urmare, CJUE a hotărât că anunțul în cauză se califică drept reportaj publicitar în înțelesul pct. 11, ceea ce implică și încheierea unui contract de publicitate între părți. De asemenea, CJUE a hotărât că o plată în produse și servicii este o plată valabilă prin raportare la pct. 11, indiferent de valoarea contraprestației sau de împărțirea costurilor serviciilor[11], ceea ce înseamnă că într-un contract de servicii de publicitate comercială poate fi stabilită o contraprestație în bunuri (altele decât bani) și/sau servicii.

2. Valabilitatea plății în bunuri și/sau servicii în Codul civil

Prin hotărârea pronunțată în cauza C-371/20, s-a stabilit că poate exista o plată valabilă în produse și servicii. În continuare, ne vom îndrepta atenția către cadrul legal național care reglementează instituția plății pentru a analiza posibilitatea de a avea o astfel de plată valabilă și în legislația română. Codul civil face cea mai importantă referire la conceptul de plată în art. 1.469 care prevede că *„ (2) Plata constă în remiterea unei sume de bani sau, după caz, în executarea oricărei alte prestații care constituie obiectul însuși al obligației”.*

[6] C. T. Ungureanu, A. I. Toader, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2019, p. 169.

[7] CJUE, Cauza C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG c. Peek & Cloppenburg KG*, Hotărârea din 2 septembrie 2021, parag. 45. parag. 45.

[8] CJUE, Cauza C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG c. Peek & Cloppenburg KG*, Hotărârea din 2 septembrie 2021, parag. 46.

[9] Directiva 2006/114/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind publicitatea înșelătoare și comparativă, publicată în JO L 376, 27.12.2006, p. 21-27.

[10] C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european in raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 367.

[11] CJUE, Cauza C-371/20, *Peek & Cloppenburg KG c. Peek & Cloppenburg KG*, Hotărârea din 2 septembrie 2021, parag. 47.

Modalitatea de reglementare a plății arată că obiectul de aplicare nu este unul restrâns[12], nu este specificată expres maniera în care plata se realizează, fiind chiar permisă „orice altă prestație", adică inclusiv prestare de servicii sau transfer de bunuri[13]. Prin urmare, conceptul de plată poate avea ca obiect atât obligații de a da orice bun, cât și obligații de a face, inclusiv prestarea de servicii[14]. Prin urmare, articolul care reglementează plata permite existența unei plăți în bunuri și servicii atunci când însăși obligația a fost stabilită astfel.

În continuare, vom analiza dacă poate exista o plată valabilă în produse și servicii și în cazul particular al contractului de publicitate comercială. Înainte de a începe analiza, trebuie totuși făcute o serii de cercetări suplimentare, constând în natura juridică a contractului de publicitate comercială și identificarea normelor care îl reglementează pentru ca, pornind de la acestea, să realizăm și analiza valabilității plății în produse și servicii, ceea ce presupune o analiză a valabilității contraprestației sub formă de preț al contractului stabilită în bunuri și/sau servicii.

3. Calificarea contractului de publicitate comercială

S-a considerat că înainte de Codul civil în vigoare nu exista o reglementare expresă a contractului de publicitate comercială, cum nu există nici în prezent, el fiind un contract nenumit[15]. Articolul 1.168 C. civ. prevede că în cazul contractelor nenumite (atipice) sunt aplicabile prevederile generale din Codul civil cu privire la contracte, alături de regulile speciale *„privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult*". Prin urmare, vom analiza care este acel contract cu care contractul de publicitate comercială se aseamănă cel mai mult.

Contractul de publicitate comercială este denumit în mod uzual și contract de prestări servicii de publicitate. De la această denumire atribuită în practică, putem extrage calificarea sa în acord cu Codul civil și, drept urmare, și regulile aplicabile. Astfel, sub imperiul Codului civil în vigoare, se recomandă ca majoritatea contractelor de prestări servicii să fie încheiate drept contracte de antrepriză, contractul de prestare de servicii nemaifiind un contract numit în reglementarea civilă actuală[16]. Contractul de antrepriză este acel contract care cuprinde în însăși definiția sa sintagma prestare de servicii: „*Prin contractul de*

[12] G. Tița-Nicolescu, *Noul Cod civil. Plata – principalul mod de stingere a obligației*, în Revista Universul Juridic, nr. 4, aprilie 2017, p. 32.

[13] L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 521.

[14] *Idem*, p. 18.

[15] O. Căpătână, *Publicitatea comercială*, Editura Universul Juridic, București, 2007, p. 33.

[16] P. Catană, *Contractul de antrepriză în NCC. Delimitarea de contractul de vânzare*, 28.11.2013, [Online] la https://www.juridice.ro/294376/contractul-de-antrepriza-in-ncc-delimitarea-de-contractul-de-vanzare.html, accesat 20.11.2021.

antrepriză, antreprenorul se obligă ca, pe riscul său, să execute o anumită lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru beneficiar, în schimbul unui preț"[17]. Acesta are re un obiect foarte larg, incluzând cu titlu general, prestare de servicii[18], inclusiv cele de natură publicitară.

O altă posibilă și pertinentă calificare poate fi cea a unui contract de furnizare, întrucât acesta implică prestarea de servicii, inclusiv cele publicitare: „*Contractul de furnizare este acela prin care o parte, denumită furnizor, se obligă (...) să presteze anumite servicii, la unul sau mai multe termene ulterioare ori în mod continuu, iar cealaltă parte, denumită beneficiar, se obligă (...) să primească prestarea serviciilor şi să plătească preţul lor*"[19]. Calificarea drept contract de furnitură pentru prestări servicii[20] poate interveni doar atunci când prestarea serviciilor de publicitate are un caracter repetat sau continuu[21], contractul de furnizare fiind cu executare succesivă[22]. Acest caracter succesiv al executării este ceea ce deosebește contractul de furnizare de contractul de antrepriză, ambele având drept obiect prestarea de servicii[23].

Un fenomen recent apărut este cel al societăților care, sub titulatura de prestator de servicii de publicitate, oferă anumite bunuri mobile sau imobile spre a fi folosite de către un beneficiar în scopuri publicitare. Un exemplu practic în acest sens este *Wink Media*[24] care prestează servicii de promovare și publicitate de tip *OOH*[25] prin încheierea în fapt a unor contracte de locațiune (chiar de închiriere) a bunurilor sale, pe care le folosește pentru a afișa pe sau în interiorul lor conținut publicitar (în format fizic sau digital). Societatea cu denumirea *Wink Media* are panouri fizice sau digitale amplasate în zonele cele mai circulate din oraș și în centrele comerciale și mobilier stradal. Bunurile sale mobile sau imobile sunt utilizate în procesul de prestare a serviciilor de publicitate, făcând obiectul contractelor de locațiune. Totuși, menționăm că acest peisaj juridic și de afaceri totodată, conturat prin activitatea *Wink Media*, a fost străin în doctrina de dinainte de Codul civil. În acea perioadă, locatorii unor astfel de bunuri mobile

[17] Art. 1.851 alin. (1) C. civ.

[18] F. Moțiu, *Contractele speciale*, ed. a VII-a, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 211.

[19] Art. 1.766 alin. (1) C. civ.

[20] V. Nemes, Drept comercial, ed. a III-a, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 322.

[21] Flavius Antoniu Baias (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. I (Art 1-2664), Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1392.

[22] V. Nemes, *op. cit.*, p. 325.

[23] *Idem*, p. 326.

[24] Mai multe despre societatea Wink, a se vedea, https://wink.ro/compania-wink/.

[25] OOH sau *Out of Home Advertising* se referă la publicitatea la care consumatorii sunt expuși în afara locuințelor lor/a spațiilor private. Pentru mai multe detalii, a se vedea, The Outdoor Advertising Association of America, *OOH Value Guide*, 2020, [Online] la https://oaaa.org/Portals/0/Public%20PDFs/OOH%20Value%20Guide.pdf, accesat la 20.11.2021.

și imobile nu se prezentau drept prestatori de servicii de publicitate și nu ofereau informații legate de realizarea publicității, contractele de locațiune fiind separate conceptual de contractele de publicitate[26], chiar dacă scopul locațiunii era pur publicitar.

În final, în doctrina europeană s-a încetățenit conceptul de contract de tip *barter*[27], fiind definit drept acel contract în care contraprestația nu este stabilită în bani, ci în natură, aceeași definiție regăsindu-se și în jurisprudența CJUE[28]. Acesta este înțeles și drept un contract prin „troc" [29]. Un contract asemănător ca mecanism cu contractul de *barter* ar fi în legislația română contractul de schimb, căruia i se aplică regulile de la contractul de vânzare. Totuși, de esența contractului de schimb este că are loc un transfer reciproc de bunuri, că se transmit reciproc drepturile de proprietate, obligațiile fiind de a da. În privința contractului de publicitate comercială, în mod obligatoriu cel puțin o parte are obligația „de a face" constând într-o formă de prestare a serviciilor de publicitate. Prin urmare, incidența reglementării privind contractul de schimb este exclusă.

4. Prețul în bunuri și servicii în contractul de publicitate comercială

Ideea de preț este cel mai des asimilată cu obligația de a da o sumă de bani, aspect preluat din reglementarea contractului de vânzare, unde prețul nu poate fi stabilit decât în bani[30]. În paragrafele următoare vom arăta că această regulă nu se extinde la toate contractele care presupun o contraprestație cu titlu de preț,

[26] O. Căpățână, *op. cit.*, p. 50.

[27] Acesta este menționat ca atare, spre exemplu, în CJUE, Cauza T-586/14 RENV, *Xinyi PV Products (Anhui) Holdings Ltd c. Comisiei Europene*, Hotărârea din 24 septembrie 2019, [Online] la https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=barter&docid=218122&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12028085#ctx1, accesat la 20.11.2021, parag. 58.

[28] CJUE, Cauza C-330/95, *Goldsmiths (Jewellers) Ltd și Commissioners of Customs and Excise*, Hotărârea din 3 iulie 1997, [Online] la https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43683&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1408983, accesat la 20.11.2021, parag. 23, 25; CJUE, Cauza C-549/11, *Direktor na Direktsia „Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto" – grad Burgas pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite c. Orfey Balgaria EOOD,* Hotărârea din 19 decembrie 2012, [Online] la https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62011CJ0549, accesat la 20.11.2021, parag. 35.

[29] CJUE, CauzaT−336/04, *TVDanmark A/S, Kanal 5 Denmark Ltd c. Comisiei Comunităților Europene*, Hotărârea din 1 martie 2007, [Online] la https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=barter&docid=62625&pageIndex=0&doclang=ro&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=12028085#ctx1, accesat la 20.11.2021, parag. 22, 60.

[30] Art. 1.660 C. civ.

și nici la toate contractele care implică transferuri de drepturi, precum este cazul contractului de vânzare.

Pentru început, vom avea în vedere dispozițiile care reglementează contractul de antrepriză drept dispoziții aplicabile unui contract de publicitate comercială. Conform art. 1.854 alin. (1) din C. civ., „*Prețul antreprizei poate consta într-o sumă de bani sau în orice alte bunuri sau prestații*". Astfel, se observă că deși termenul utilizat pentru contraprestație este tot cel de „preț", contractul de antrepriză fiind unul cu titlu oneros, acest preț specific antreprizei nu este în mod imperativ stabilit mereu integral în bani, chiar legea permițând stabilirea sa în bunuri și/sau servicii.

În ceea ce privește contractul de publicitate comercială drept contract de furnizare, nici în privința acestuia nu există obligativitatea stabilirii unui preț în bani. Astfel, regulile de la contractul de furnizare prevăzute în art. 1.766 – 1.770 C. civ. se aplică, conform art. 1.771 C. civ., completate de normele în materie de vânzare, dar doar atunci când obiectul contractului constă în furnizarea de bunuri[31]. Când obiectul constă în prestarea de servicii, se aplică normele speciale de la contractul de furnizare, care se completează cu dreptul comun în materia contractelor[32] (art. 1.167 și urm. C. civ.). Prin urmare, nu este incidentă obligația de a stabili prețul în bani, care este specifică contractului de vânzare, fiind posibilă stabilirea contraprestației și în bunuri și/sau servicii.

Atunci când serviciile de locațiune sunt prezentate în mod artificial drept servicii de publicitate, este posibilă în continuare stabilirea unui preț în bunuri și/sau servicii. Astfel, conform art. 1.780 alin. (1) C. civ., „prețul" contractului de locațiune, denumit „chirie", „*poate consta într-o sumă de bani sau în orice alte bunuri sau prestații*".

În final, menționăm că atunci când contraprestația constă în obligația de a da, adică în transferul unui drept, prețul fiind stabilit în bunuri, devin aplicabile prevederile art. 1.651 din C. civ. conform cărora dispozițiile care reglementează contractul de vânzare în ceea ce privește obligațiile vânzătorului, sunt aplicabile „*obligațiilor înstrăinătorului în cazul oricărui alt contract având ca efect transmiterea unui drept, dacă din reglementările aplicabile acelui contract sau din cele referitoare la obligații în general nu rezultă altfel*". Prin urmare, dacă serviciile de publicitate comercială sunt prestate în cadrul unui contract în care contraprestația stabilită este o obligație de a da un bun, sunt aplicabile regulile vânzării doar în ceea ce privește garanția înstrăinătorului pentru evicțiune și răspunderea sa pentru vicii ascunse și/sau vicii aparente. În acest caz, prevederea conform căreia este obligatorie stabilirea unui preț în bani nu este aplicabilă, fiindcă nu este o obligație specifică vânzătorului, aceasta fiind incidentă doar în cazul contractului de vânzare.

[31] V. Nemes, *op. cit.*, p. 323.
[32] *Ibidem.*

Concluzii

Hotărârea CJUE din Cauza C-371/20 conferă bazele existenței contractelor de publicitate comercială cu preț stabilit în bunuri și/sau servicii la nivelul tuturor statelor membre. Importanța unor astfel de contracte rezidă în însăși rolul contractelor de tip *barter* în viața economică a unui stat. Chiar dacă acest tip de contract este încă nereglementat în legislația națională, prin analiza realizată am arătat că mecanismul său este permis atunci când una dintre prestații constă în servicii de publicitate, indiferent de calificarea juridică concretă a contractului în cauză.

Posibilitatea de a stabili un preț nu în bani, ci în bunuri și/sau servicii, este de natură să faciliteze relațiile comerciale și dezvoltarea afacerilor, fiind mult mai facilă stabilirea și executarea unor contracte de tip *barter*, mai ales în situația lipsei de lichidități a unuia dintre cocontractanți. Existența acestei modalități de a stabili și "plăti" prețul și în Codul civil, mai ales în contextul contractelor de publicitate comercială, este de natură să încurajeze contractarea serviciilor de publicitate, în special în cazul societăților de tip *startup* care, la început de drum, oferă în schimbul publicității propriile servicii și/sau produse.

Utilitatea unor contracte de publicitate comercială cu prețul stabilit în bunuri și/sau servicii se reflectă și în dimensiunea comerțului internațional, în care tranzacțiile de tip *barter* ameliorează situațiile de neexecutare contractuală[33]. Importanța lor este demonstrată și de utilizarea în special de către economiile aflate în tranziție, care le folosesc pentru a se dezvolta economic, întocmai cum trocul a stat cândva la baza dezvoltării economice și sociale, fiind cea mai veche formă de comerț[34]. Un astfel de contract se bucură de adaptabilitate la condițiile și situația financiară a părților și încurajează continuarea unor relații comerciale, alături de asigurarea tuturor celor necesare pentru menținerea activității atunci când obținerea bunurilor și serviciilor necesare prin intermediul banilor nu ar fi posibilă. De asemenea, posibilitatea de a imagina și executa variate contraprestații va duce și la o îmbogățire și diversificare a relațiilor comerciale și a clauzelor contractelor.

În final, apreciem că efectele cauzei C-371/20 se pot concretiza și în premise pentru o viitoare reglementare a contractului de barter, inclusiv în materia serviciilor de publicitate comercială, reglementare care să cuprindă

[33] O. Răvaș, *op. cit.*, p. 232.

[34] J. C. Grabow, *Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions*, în North Carolina Journal of International Law, vol. 9, no. 2, Spring 1984, [Online] la https://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol9/iss2/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fncilj%2Fvol9%2Fiss2%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, accesat la 20.11.2021, p. 259.

contractele bazate pe tranzacții non-monetare, un astfel de cadru legal existând deja în alte state ale lumii[35].

Referințe

Catană P., *Contractul de antrepriză în NCC. Delimitarea de contractul de vânzare*, 28.11.2013, [Online]

Căpătână O., *Publicitatea comercială*, Editura Universul Juridic, București, 2007

Grabow J. C., *Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions*, în North Carolina Journal of International Law, vol. 9, no. 2, Spring 1984

Moțiu F., *Contractele speciale*, ed. a 7-a, Editura Universul Juridic, București, 2017

Nemes V., Drept comercial, ed. a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2018

Pop L., Popa I.-F., Vidu S. I., *Curs de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015

Răvaș O., *The utility of the barter agreement in international commercial trade*, în Annals of the University of Petroşani, Economics, vol. 11 (1), 2011

Tița-Nicolescu G., *Noul Cod civil. Plata – principalul mod de stingere a obligației*, în Revista Universul Juridic, nr. 4, aprilie 2017

Ungureanu C. T., A. Toader, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2019

Ungureanu C. T., *Drept international privat european in raporturi de comert internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021

[35] A se vedea, spre exemplu, *Sec. 3364-35-01 - Non-monetary transactions - barter agreements* din *Ohio Administrative Code*, [Online] la https://www.law.cornell.edu/regulations/ohio/Ohio-Admin-Code-3364-35-01, accesat la 20.11.2021.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-10

Ipostaze ale principiului legalității în materia cauzelor de încetare a contractului de licență – Privire asupra cazului expirării brevetului de invenție

Hypostases of the Principle of Legality regarding the Termination of the Licensing Agreement – A look upon the Case of Patent Expiration

RAMONA DANIELA STÂNGACIU[1]

Rezumat: Principiul legalității este unul multifațetat, fizionomia acestuia adaptându-se, în funcție de ramura de drept la care ne raportăm. În materia dreptului civil, doctrina pledează pentru reținerea unui principiu al legalității cauzelor de încetare a contractului. Urmărim ca, prin prezentul studiu, să translăm și să aplicăm acest principiu în materia cauzelor de încetare a contractului de licență, având ca obiect derivat o invenție brevetată. Mai exact, intenționăm să determinăm dacă există un temei legal în baza căruia contractul de licență să înceteze odată cu expirarea brevetului de invenție. În cadrul primei secțiuni vom discuta consecințele expirării brevetului. Cea de-a doua secțiune va fi dedicată unei analize a urmărilor pe care un astfel de eveniment le are asupra legăturii contractuale. Vom conchide, în lumina principiului anterior indicat, că ar putea exista temei pentru ca un contract de licență să înceteze la momentul expirării brevetului.

Cuvinte-cheie: expirarea brevetului, contract de licență, principiul legalității, încetarea contractului de licență

Abstract: The principle of legality is a multifaceted one, as its physiognomy takes a certain shape depending on the field of law that we take into account. Regarding Civil Law, the doctrine pleads for retaining a principle of legality in terms of the causes of termination of an agreement. Through our study, we aim to apply this principle with regard to the causes of termination of the licensing agreement, having as its object a patented invention. Precisely we intend to identify if there is any legal ground for the termination of a licensing agreement when the patent term expires. In the first section, we will discuss the main consequences of patent expiration. The second section will be dedicated to analysing the repercussions that such an event has in terms of the contractual relationship. We will conclude, in light of the aforementioned principle, that

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: ramona.stangaciu@uaic.ro

there exists a legal ground for the termination of a licensing agreement, when the patent term expires.

Keywords: expiration of patent term, licensing agreement, the principle of legality, termination of the licensing agreement

Considerații introductive

Iradiere a întregii arhitecturi a sistemului juridic de principiul legalității[2], dreptul civil, ca ramură a dreptului privat, nu face excepție de la aplicarea sa. Se cuvine să admitem că principiul legalității este unul multifațetat, cu fizionomii specifice fiecărei ramuri[3]. În acest sens, în materia dreptului civil, se discută inclusiv despre legalitatea cauzelor de încetare a efectelor contractului[4], ca o fațetă a caleidoscopului pe care îl simbolizează, în chip metaforic, principiul legalității.

În cele ce urmează ne propunem să parcurgem un drum al determinării modalității în care se aplică acest principiu al legalității în materia cauzelor de încetare a efectelor contractului de licență, în ipoteza expirării brevetului de invenție.

În primul rând, vom avea în vedere consecințele expirării duratei pentru care a fost acordat brevetul de invenție, urmând ca ulterior să ne continuăm demersul exegetic în materia efectelor expirării brevetului asupra contractului de licență, cu accent asupra cazului în care acesta a fost încheiat pentru o durată

[2] Asupra considerării acestui principiu drept principiu general al dreptului, a se vedea, I. Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului,* ed. a II-a rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2009, pp. 349-350. Cu privire la consacrarea la nivel constituțional a acestui principiu (prin art. 1 alin. (5) din Constituție), din care decurge și cel al securității juridice, a se vedea, I. Predescu, M. Safta, *Principiul securității juridice, fundament al statului de drept. Repere jurisprudențiale,* Buletinul Curții Constituționale, Semestrul I, 2009, p. 1. [Online] la https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/01/predescu.pdf, accesat la 24 septembrie 2021. Asupra configurației în arhitectura noțiunii de stat de drept, a se vedea, M.N. Balan, *Drept constituțional și instituții politice. Vol. I. Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european,* Editura Hamangiu, București, 2015, pp. 109-112.

[3] A se vedea, spre exemplu, modalitatea în care se reflectă în materia dreptului penal, M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală, Curs teoretic în domeniul licenței (I),* Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 57-61; F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală,* Vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 35-56.

[4] S-a precizat „ (...) *deducem regula potrivit căreia stingerea unei obligații, ca de altfel orice cauză de ineficacitate a actului juridic civil, trebuie reglementată de lege. În ce ne privește susținem existența unui adevărat principiu al legalității cauzelor de ineficacitate ale actului juridic civil*", G.-A. Ilie, *Riscurile în contracte de la vechiul la noul Cod civil,* Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 33.

nedeterminată, scopul fiind acela de a ilustra o aplicare a principiului anterior menționat.

1. Consecințe ale expirării duratei pentru care a fost acordat brevetul de invenție

În vederea determinării consecințelor pe care le implică expirarea duratei pentru care a fost acordat brevetul de invenție propunem fragmentarea perspectivei în sensul reflectării asupra statutului invenției brevetate, al celui al părților contractului de licență și al celui al terților.

În raport de statutul invenției, expirarea duratei pentru care actul administrativ, brevetul de invenție, a produs efectele, imprimă o nouă configurație pleiadei de drepturi derivate din crearea și brevetarea acesteia. Odată cu expirarea brevetului, invenția pierde statutul de bun[5]. De altfel, art. 535 C. civ. stabilește „Sunt bunuri lucrurile (...) care constituie *obiectul unui drept patrimonial* (s.n. – R.S.)". S-a argumentat „(...) durata limitată nu se aplică nivelului al doilea de construcție a dreptului, prerogativele, ci nivelului întâi, apropriabilitatea. Deci nu drepturile au caracter temporar ci *bunul însuși este temporar* (...). O creație intelectuală este, deci, un bun prin determinarea legii, și, tot prin determinarea legii, ea este un bun temporar"[6]. Pierderea statutului de bun pentru invenția care a fost brevetată, într-o manieră corelativă, ridică și problema stingerii drepturilor în conținut patrimonial care au fost recunoscute odată cu acordarea titlului de protecție. Propriu-zis, drepturile patrimoniale sunt supuse disoluției, fiind păstrate însă drepturile morale (deși, în raport de o parte

[5] S-a indicat că „ (...) *după expirarea termenului de protecție juridică, creațiile intelectuale devin lucruri comune, imateriale, necorporale*", V. Stoica, *Noțiunea de bun incorporal în dreptul civil român*, Revista Română de Drept Privat, Nr. 3/2017, p. 29. În același sens, R. Dincă, *Protecția secretului comercial în dreptul privat,* Editura Universul Juridic, București, 2009, pp. 215-217; R. Dincă, *Natura juridică a drepturilor de proprietate intelectuală,* Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2007. A se vedea și, A. Speriusi-Vlad, *Teoria impreviziunii în domeniul invențiilor,* Dreptul, Nr. 3/2020, p. 53 *et seqq*, din care redăm „legea recunoaște drepturi asupra creației intelectuale, iar nu creația intelectuală însăși, asupra căreia nu se mai pot constitui drepturi patrimoniale după expirarea duratei de protecție și intrarea sa în domeniul public al proprietății intelectuale". În egală măsură, asupra raportului lucru – bun în materia invențiilor, a se vedea, A. Speriuși-Vlad, *Obiectul tranzacțiilor din domeniul proprietății intelectuale: Creațiile intelectuale sau drepturile asupra acestora?*, în L. Bercea (editor), *Contractele nenumite în afaceri*, Editura Universul Juridic, București, 2017, pp. 219-234. Pentru o perspectivă asupra metamorfozei în materia dreptului de autor, a se vedea, N.R. Dominte, *Dreptul proprietății intelectuale,* Editura Solomon, București, 2021, p. 252.

[6] În acest sens, R. Dincă, *Protecția secretului...*, 2009, p. 216.

dintre acestea, s-au îndeplinit actele necesare în sensul exercitării lor[7]), care vor putea fi în continuare apărate prin acțiunile specifice.

Raportat la situația licențiatorului, titular de brevet, trebuie să remarcăm faptul că încetarea producerii de efecte de către brevet – ca urmare a expirării duratei pentru care a fost acordat –, atrage după sine pulverizarea, dintr-o perspectivă, a caracterului exclusiv asociat dreptului de exploatare a invenției[8]. Într-o altă optică, există un ecart între libertatea de exploatare și dreptul de exploatare. Anterior brevetării, există o libertate de exploatare a invenției, libertate care se prelungește și ulterior obținerii brevetului, fără a deveni în sine „prerogativă (...) în conținutul dreptului de proprietate intelectuală"[9]. Privind astfel, căderea invenției în domeniul public ca urmare a expirării duratei titlului de protecție nu lipsește de caracter exclusiv dreptul de exploatare, ci conduce la o dispersare totală a ceea ce reprezintă drept în conținut patrimonial, care a fost dobândit odată cu acordarea brevetului, și o reîntoarcere „la matcă".

În definitiv, și în raport de ambele direcții anterior configurate, titularul (fost) nu mai dispune de prerogativele necesare pentru a exercita un control asupra modalității în care terții, interesați de exploatarea invenției, ar putea acționa. Altfel spus, fostul titular pierde însăși pleiada de prerogative derivând din dreptul de proprietate industrială, văzut ca drept real asupra unui bun mobil incorporal[10]. În strânsă legătură cu cele indicate anterior, fostul titular de brevet

[7] Spre exemplu, dreptul la eliberarea titlului de protecție s-a „epuizat" deja, dat fiind că premisa este că invenția a fost brevetată. În egală măsură, nu s-ar mai putea vorbi despre dreptul moral de a da publicității invenția, și această prerogativă fiind deja exercitată, având în vedere formele de publicitate asociate eliberării titlului de protecție. Desigur, enumerarea nu are natură exhaustivă.

[8] În acest sens, I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății intelectuale,* Editura C.H. Beck, București, 2010, p. 115, din care redăm „Dreptul de exploatare se naște în momentul realizării invenției. Acest drept devine exclusiv prin acordarea brevetului de invenție (...)".

[9] În acest sens, R. Dincă, *Protecția secretului...*, pp. 200-201, din care mai redăm . „Or, caracteristica exclusivității aparține numai dreptului subiectiv, nu și libertății. Pe când exercitarea unui drept de către titular îi exclude în mod necesar pe ceilalți de la aceeași exercitare, exercitarea libertății unuia este necesarmente compatibilă cu exercitarea unei libertăți similare de către toți ceilalți. De aceea, posibilitatea utilizării unui bun corporal constituie în mod natural conținutul unui drept, pe când *posibilitatea utilizării unui bun necorporal, în lipsa unei dispoziții exprese a legii care să o transforme în prerogativă condiționată și determinată, reprezintă numai conținutul unei libertăți* (s.n. – R.S.)". Cu privire la analiza prerogativelor din conținutul dreptului real asupra invenției brevetate, a se vedea, *Idem*, pp. 219-221.

[10] A se vedea, *Idem*, pp. 227-228. Includem în sfera aceasta și posibilitatea de a exercita acțiunea specifică de ocrotire a invenției brevetate, respectiv acțiunea în contrafacere. Odată cu recunoașterea dreptului de proprietate industrială, prin acordarea brevetului, se construiește baza pentru promovarea unei acțiuni în contrafacere. De altfel, se poate discuta despre un drept actual de promovare a acțiunii odată cu săvârșirea actelor de

nu mai are calitatea necesară pentru a fundamenta naşterea dreptului de creanţă, constând în dreptul licenţiatului de a exploata (e.g. vinde, importa, fabrica, folosi) invenţia. În sine, dispare chiar izvorul care să îi permită asumarea rolului de licenţiator şi constituirea de drepturi de creanţă (sub forma dreptului de exploatare) în favoarea licenţiatului.

În privinţa terţilor, orice persoană interesată poate începe să utilizeze în mod liber fosta invenţie brevetată, fără a fi condiţionată de obţinerea consimţământului fostului titular. Practic, oricare dintre actele indicate în art. 31 alin. (2) din Legea nr. 64/1991 se pot îndeplini de către terţi, fără ca aceştia să se mai vadă expuşi riscului de a fi acţionaţi în contrafacere. Într-o formulare plastică, ceea ce ţine de invenţie – descriere, revendicări, desene – este „al tuturor şi al nimănui" în acelaşi timp.

2. Efectele expirării brevetului asupra contractului de licență

Lentilele efectelor expirării duratei de protecţie a invenţiei prin brevet antamează calea pentru analiza implicaţiilor pe care aceasta le are asupra contractului de licenţă. Cert, probleme se pot ridica în cazul în care contractul de licenţă este încheiat pe durată nedeterminată sau chiar pentru o durată determinată, însă mai mare decât durata de protecţie asigurată de brevet. Ar fi, de altfel, inutilă ridicarea problemei expirării brevetului în cazul unui contract de licenţă încheiat pentru o durată mai mică de timp decât durata de protecţie a invenţiei – contractul ar înceta de drept la împlinirea termenului extinctiv.

Desigur, s-ar putea adresa, în mod legitim, întrebarea de ce ar încheia părţile contracte de licenţă pe durată nedeterminată, deşi cunosc momentul la care brevetul va expira. S-ar putea imagina o justificare prin prisma faptului că acestea ar avea posibilitatea, oricând, de a se „dezice" de contract[11]. Într-o altă

încălcare, în configuraţia impusă prin prevederile Legii nr. 64/1991 privind brevetele de invenţie, publicată în M.Of. nr. 613 din 19 august 2014. Odată cu expirarea brevetului se stinge şi această componentă. Aceasta nu înseamnă că titularul nu ar mai putea acţiona în contrafacere acele persoane care au exploatat invenţia brevetată în perioada în care brevetul a produs efecte, însă cu încălcarea drepturilor legitime ale sale. În literatura de specialitate dreptul la reparaţie patrimonială este examinat ca drept de sine stătător, distinct. A se vedea, I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății...*, pp. 115-116.

[11] Cu privire la acest argument, precum şi cu privire la trimiterea la jurisprudenţa franceză, a se vedea, J. Passa, Droit de la propriété industrielle, Tome 2, L.G.D.J., Paris, 2013, p. 628; Y. Basire, *JurisClasseur Brevets, Fascicule 4740: Licence de brevet – Fromation du contrat. Conclusion du contrat,* LexisNexis, ultima actualizare 26 februarie 2018, punctul 65; J.-J. Burst, Y. Basire, *JurisClasseur Brevets, Fascicule 4741: Licence de Brevets,* LexisNexis, ultima actualizare 2 martie 2020, punctele 143 *et seqq.* A se vedea şi, hotărârea Curţii de Justiţie a Uniunii Europene din 12 mai 1989, cauza Kai Ottung c. Klee & Weilbach A/S, Thomas Schmidt A/S, C-320/87, ECLI:EU:C:1989:195, pentru o analiză

lumină, s-ar putea să se ajungă la a considera contractul de licență ca având o durată nedeterminată, dacă admitem aplicarea regulilor din materia tacitei relocațiuni, în cazul în care termenul contractului, în forma inițială, expiră și părțile nu au convenit altfel.

Revenind, așadar, la premisă, ne aflăm în fața cazului în care, în cursul executării contractului, expiră brevetul sau, în termeni juridici, dispare un element esențial al său. Altfel spus, odată cu împlinirea termenului extinctiv care afectează titlul de protecție, s-ar putea susține o dispariție a bunului ca realitate juridică. În opoziție, dispariția materială a bunului, ca realitate faptică, este posibilă doar în materie de bunuri corporale, fie ele mobile sau imobile. Se cuvine să remarcăm faptul că, această așa-zisă dispariție materială[12] are, de fapt, un conținut bidimensional, înglobând atât un element de „dispariție" fizică, cât și unul de „dispariție" juridică a bunului. Practic, în raport de acel bun, dată fiind distrugerea totală, ne aflăm și într-o imposibilitate de mai exercita drepturi sau de a îndeplini obligații.

Dacă revenim asupra bunului, obiect derivat al contractului de licență, în cazul său este cert că nu se poate discuta despre o „dispariție" în sens fizic, dată fiind natura sa incorporală. Atragem atenția asupra faptului că trebuie evitată o eventuală confuzie între produsul care încorporează invenția brevetată (care are natura de bun corporal, supus unei eventuale pieiri) și invenția brevetată, în sine. Aceasta din urmă nu cunoaște decât o degradare din punct de vedere juridic, mai precis o imposibilitate de exercitare de drepturi și obligații în conținut patrimonial în legătură cu aceasta, odată cu tranziția spre statutul de lucru[13] ca urmare a expirării brevetului.

Dată fiind dispariția acestui element al constructului contractual ne întrebăm dacă există vreun temei în baza căruia contractul să își înceteze efectele specifice. Cu atât mai mult cu cât, ulterior expirării brevetului, licențiatorul în mod cert nu își mai poate îndeplini obligațiile derivate din contract. Este suficient să ne raportăm la obligația de garanție pentru evicțiune. Din moment ce invenția se află în domeniul public, fostul titular de brevet nu se mai poate îndrepta împotriva terților cu acțiuni în contrafacere pentru exploatarea realizată (acest drept s-a stins în raport de actele posterioare, nu și în raport de cele anterioare expirării brevetului). În egală măsură, licențiatorul nu mai are acțiune în contrafacere nici împotriva licențiatului care ar depăși limitele

prin prisma dreptului concurenței, cu privire la situația în care obligația de plată a redevențelor, după expirarea brevetului, nu cade sub incidența actualului 101 alin. (1) TFUE, cât timp licențiatul are dreptul de a denunța unilateral contractul încheiat pe durată nedeterminată, respectând un termen rezonabil de preaviz.

[12] Avem în vedere cazul distrugerii totale a bunului.

[13] Rămân, după cum susțineam anterior, valabile anumite drepturi morale, care pot să fie exercitate de către inventator sau, în anumite cazuri, de către succesorii săi în drepturi.

cadrului contractual și ar începe *e.g.* să importe produsele încorporând invenția brevetată, deși lui i s-au acordat doar dreptul de a vinde și de a fabrica respectivele produse[14]. Cel puțin de o parte, se volatilizează rațiunea de a fi a reciprocității obligațiilor, acestea fiind consecințe antrenate de „simpla degradare" a obiectului derivat al contractului. În cazul căderii invenției în domeniul public ne lovim de următoarea situație, respectiv bunul (*care?*) în raport de care ar trebui să se îndeplinească obligațiile contractuale nu mai există. Cu riscul de a ne repeta, în acest ultim caz, al contractului de licență, bunul dispare ca realitate juridică.

Se cuvine să precizăm că, în mod tradițional, în literatura de specialitate[15] din România se argumentează în sensul că expirarea brevetului conduce la încetarea contractului de licență (încheiat pentru durată nedeterminată). Totuși, temeiul unei astfel de soluții nu este indicat, motiv pentru care ne propunem examinarea posibilelor ipoteze care ar putea da substanță unei astfel de soluții. În aceeași linie, se cuvine să menționăm că principiul *pacta sunt servanda,* cheie de boltă a arhitecturii contractuale, nu poate fi pulverizat pur și simplu. Doctrina este constantă în a admite că pierderea forței obligatorii trebuie să își găsească fundamentarea din punct de vedere legal, sens în care s-a precizat: „ (...) actul juridic își poate pierde forța obligatorie când intervin împrejurări, *prevăzute în mod expres de lege* (s.n. – R.S.), în care actul juridic își încetează efectele înainte de termen, din cauza dispariției unui element al său"[16].

Pentru a exclude dintru început una dintre situații, opinăm în sensul că nu se poate ajunge la a considera că nu este îndeplinită condiția ca obiectul contractului să existe. O astfel de condiție, examinată drept condiție de validitate a contractului, se apreciază în raport de momentul anterior sau cel mult concomitent încheierii actului. Dat fiind că brevetul expiră în cursul executării contractului, așadar la un moment ulterior și cu efecte *ex nunc*, este cert că nu ne aflăm în cazul descris și, deci, nu va putea fi antrenată sancțiunea nulității absolute. Contractul de licență, prin prisma acestui element, păstrează statutul de contract valabil încheiat.

---

[14] În măsura în care se identifică un temei pentru încetarea contractului odată cu expirarea brevetului, nu mai poate susține nici o acțiune în răspundere contractuală a licențiatului (fost), ca urmare a faptului că *e.g.* importă produse încorporând invenția, deși lui i s-ar fi acordat doar dreptul de a fabrica și de a vine astfel de produse.

[15] A se vedea, I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății...*, p. 135; I. Macovei, *Tratat de drept al comerțului internațional*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 425.

[16] În acest sens, C.T. Ungureanu, I.-A. Toader, *Drept civil. Partea generală. Persoanele,* ed. a 4-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2019, p. 251. În același sens, G. Boroi, C. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală,* ed. a 2-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2012, p. 209, autorii indicând obligativitatea existenței unui temei legal pentru a justifica restrângerea forței obligatorii a contractului. Totodată, a se vedea și, G.-A. Ilie, *op. cit.,* p. 33.

În examinarea configurației contractului de licență ulterior expirării brevetului ne-am oprit și asupra imposibilității fortuite de executare, întrebându-ne dacă aceasta se poate reține pentru a fundamenta încetarea de drept a efectelor contractului. În acest sens, avem în vedere art. 1634[17] și art. 1557 C. civ.[18] Raționamentul supus examenului critic este următorul: se poate ca stingerea brevetului să conducă la stingerea obligațiilor licențiatorului (sub cupola imposibilității fortuite de executare) și, subsecvent, la stingerea obligației licențiatului de plată a redevențelor (ca obligație corelativă și interdependentă obligației imposibil de executat), cu consecința finală a încetării de drept a contractului, și toate acestea să se reflecte într-un joc între imposibilitatea fortuită de executare și teoria riscurilor?

Soluția aceasta are darul de a fi, totuși, înșelătoare, deși prezintă o aparență de corectitudine juridică. Redăm raționamentul viciat, urmând ca ulterior să prezentăm și critica acestuia. Teoretic, ar exista o imposibilitate a licențiatorului de a-și îndeplini obligațiile, imposibilitate survenită și definitivă[19], ca urmare a expirării brevetului. Consecința ar fi aceea a liberării debitorului, licențiator, de obligațiile sale, licențiatul fiind cel care ar suporta riscul imposibilității executării obligațiilor de către licențiator[20]. Temeiul soluției acesteia este reprezentat de art. 1634 C. civ. Subsecvent, ca efect al aplicării principiului *res perit debitori* în contractul sinalagmatic și netranslativ de proprietate, și în lumina art. 1557 C. civ., riscul obligației corelative – de (ne)plată a redevențelor de către licențiat –

[17] Art. 1634 alin. (1) C. civ. statuează „Debitorul este liberat atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul să fie pus în întârziere".

[18] Art. 1557 alin. (1) C. civ. statuează „Atunci când imposibilitatea de executare este totală și definitivă și privește o obligație contractuală importantă, contractul este desființat de plin drept și fără vreo notificare, chiar din momentul producerii evenimentului fortuit. Dispozițiile art. 1.274 alin. (2) sunt aplicabile în mod corespunzător".

Deși există o aplicație a regulilor generale (art. 1634 și 1557 C. civ.) în materia contractului de locațiune, prin art. 1818 C. civ., nu vom insista asupra analizei acestuia. De principiu, dat fiind că un contract de licență face parte din categoria contractelor nenumite, aspectele nereglementate sunt soluționate, primordial, în baza regulilor din materia teoriei generale a obligațiilor și, doar în măsura în care acestea sunt neîndestulătoare, se completează cu cele din materia contractului cu care se aseamănă cel mai mult (a se vedea art. 1168 C. civ.).

[19] Cu privire la aceste caractere, a se vedea, G.-A. Ilie, *op. cit.*, p. 152.

[20] *Ibidem,* din care citățm „*Ca și în vechea reglementare (...), diverse texte ale NCC concură spre concluzia suportării riscului de către creditorul obligației imposibil de executat*". În raport de obligațiile licențiatorului, statutul de creditor al acestora revine licențiatului care, astfel, va suporta riscurile legate de imposibilitatea de executare a obligațiilor de către cel dintâi.

va fi suportat de către licențiator (debitorul obligației imposibil de executat)[21]. Dat fiind caracterul sinalagmatic al contractului de licență, imposibilitatea fortuită, totală și definitivă de executare a prestației de către una dintre părți nu poate lăsa nealterată situația obligației corelative. Contractul, în temeiul dispoziției anterior indicate, și în cheia restabilirii unei ecuații de echilibru, va înceta de drept. Din acest punct de vedere, licențiatul va fi liberat de obligația de plată a redevențelor[22].

Principialul impediment în reținerea acestui mecanism este tocmai faptul generator, cel care stă la baza obligației inițiale care devine imposibil de executat și care atrage după sine, într-un efect de domino, și încetarea efectelor contractului, implicit a obligației licențiatului de plată a redevențelor. Evenimentul generator al imposibilității de executare, după cum stabilește chiar 1634 C. civ., trebuie să aibă un caracter *fortuit*. De altfel, chiar în cuprinsul dispoziției se indică liberarea debitorului în cazul în care imposibilitatea de executare este rezultatul „[f]orței majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora".

Vedem că sunt circumscrise caracterului fortuit al imposibilității de executare trei categorii de evenimente. Pe de o parte, forța majoră, definită în art. 1351 alin. (2) C. civ., pe de altă parte, cazul fortuit, reglementat în art. 1351 alin. (3) C. civ. Nu în ultimul rând, imposibilitatea fortuită mai poate fi consecința unor *evenimente asimilate* forței majore sau cazului fortuit. Cert, expirarea brevetului nu se poate încadra în ipoteza forței majore, dat fiind că aceasta implică întrunirea următoarelor caractere ale evenimentului: „extern, imprevizibil, absolut invincibil și inevitabil" (art. 1351 alin. (2) C. civ.). La momentul încheierii contractului nu s-ar putea susține că data la care va cădea invenția în domeniul public, ca urmare a expirării brevetului, este un moment imprevizibil[23].

---

[21] *Idem,* p. 155, din care redăm „Așadar, riscul contractului sinalagmatic sau, a ceea ce noi am denumit riscul obligației corelative, este suportat de către debitorul obligației imposibile întrucât *prin desființarea contractului în întregime el va pierde dreptul la contraprestație (...)*".

[22] S-a opinat în sensul că „*Mecanismul construit de art. 1.634 și art. 1.557 C. civ. funcționează deci, pe scurt, în felul următor: (1) o obligație devine imposibil de executat din cauza unui eveniment de forță majoră, în sens larg; (2) acea obligație se stinge, în temeiul art. 1.634 C. civ. (...); (3) datorită faptului că obligațiile dintr-un contract sinalagmatic sunt interdependente nu numai generic, ci și funcțional, se sting și – cel mai important – obligația corelativă obligației devenite imposibil de executat, precum și obligațiile periferice rezultate din contractul care a generat obligația devenită imposibil de executat (art. 1.557 C. civ.)*", V. Diaconiță, *Executarea silită în natură a obligațiilor contractuale în sistemul Codului civil român,* Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 201.

[23] Situația se distinge în mod substanțial de ipotezele pe care le-am putea imagina în materia contractului de locațiune cu privire la pieirea bunului, în lumina art. 1818 C. civ. Totodată, precizăm că analiza vizează exclusiv cazul în care contractul de licență se

În egală măsură, nu s-ar putea reține cazul fortuit. Ca punct de confluență cu situația forței majore, și cazul fortuit presupune o lipsă de previzibilitate a evenimentului. Or, reluând, pentru părțile unui contract de licență expirarea brevetului nu reprezintă un eveniment imprevizibil.

Ar rămâne să determinăm dacă sfera acelor *evenimente asimilate* poate îngloba și ipoteza supusă examinării. În literatura de specialitate s-a opinat în sensul că, din sfera acestor evenimente asimilate, fac parte fapta victimei și fapta terțului „în măsura în care au valoarea forței majore sau a cazului fortuit"[24]. Nici de această dată nu am putea încadra expirarea brevetului într-unul dintre cazurile indicate.

Concret, brevetul expiră și, deși acesta este un eveniment independent de conduita debitorului sau a creditorului (cu jocul alternant în funcție de obligația pe care o luăm drept reper), este un eveniment pur previzibil, care nu poate fi paralizat, și care este cunoscut de ambele părți încă de la încheierea contractului. De altfel, în sprijinul susținerii că evenimentul generator trebuie să nu fie unul de natură previzibilă pentru părți, art. 1634 alin. (5) C. civ. instituie obligația în sarcina debitorului de a notifica creditorul cu privire la „existența evenimentului care provoacă imposibilitatea de executare a obligațiilor". O astfel de notificare ar fi absurdă și inutilă dacă avem în vedere faptul că evenimentul expirării brevetului este cunoscut licențiatorului încă de la momentul încheierii contractului de licență.

Cel puțin din acest punct de vedere, teoria riscurilor în contracte nu ne ajută să fundamentăm soluția încetării de drept a contractului, dat fiind că imposibilitatea licențiatorului de executare a obligațiilor nu îndeplinește chiar condiția premisă, aceea ca ea să fie rezultatul unui eveniment fortuit.

Într-o altă cheie, diferită de cele statuate anterior, ne întrebăm dacă încetarea efectelor contractului poate să fie rezultatul unei modalități a actului juridic. Eliminăm dintru început condiția, dat fiind că aceasta presupune un eveniment viitor și nesigur ca realizare, pe când expirarea brevetului este un eveniment viitor și sigur. Din acest unghi, atenția se îndreaptă asupra termenului. Cu toate acestea, nu mai puțin și în acest caz, soluția este marcată de un viciu de raționament: (a) Dacă am admite, *ad absurdum*, existența termenului extinctiv (nici nu s-ar putea ridica problema unui termen suspensiv, dat fiind că urmărim determinarea unei justificări legale pentru încetarea efectelor contractului de licență), în primul rând acesta ar fi implicit. În al doilea rând, aceasta s-ar traduce în susținerea că orice contract de licență este încheiat, de fapt, pe durată determinată, durată care nu poate depăși în niciun caz perioada în care brevetul produce efecte. Practic, admiterea termenului implicit ar

încheie cu privire la o invenție pentru care s-a obținut deja brevetul de invenție și nu cu privire la o invenție în curs de brevetare.

[24] În acest sens, V. Stoica, *Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român*, Revista Română de Drept Privat, Nr. 4/2013, p. 17; G.-A. Ilie, *op. cit.*, p. 50.

echivala cu negarea posibilității de a încheia contracte de licență pentru o durată nedeterminată. Altfel spus, deși părțile ar fi prevăzut expres faptul că respectivul contract s-a încheiat pentru o durată nedeterminată, voința acestora ar fi eludată în mod indirect; (b) soluția decurgând din punctul anterior ar veni în contradicție cu jurisprudența și practica dezvoltate[25], întrucât se admite încheierea de contracte de licență pentru o durată nedeterminată. Pentru părți, încheierea contractului pe durată nedeterminată poate să conducă spre un joc cu sumă nulă. Totuși, putem identifica cel puțin un avantaj al încheierii contractului în această formă (dintr-o anumită perspectivă, susținerea ar putea fi văzută și ca un dezavantaj), respectiv faptul că oricare dintre părți poate denunța unilateral contractul fără a putea fi obligată la plata unei contraprestații în schimbul exercitării acestui drept – art. 1277 C. civ. stabilește și sancțiunea inserării unei clauze contrare, respectiv considerarea acesteia drept nescrisă[26]. Mai mult, nu putem realiza o apreciere *in abstracto* și nenuanțată în sensul că întotdeauna se va ajunge la depășirea duratei de protecție a invenției prin brevet.

Ceea ce susținem, în cele din urmă, este imposibilitatea unei coexistențe între un termen extinctiv implicit și considerarea contractului încheiat pe durată nedeterminată. Concret, fie contractul este afectat de un termen extinctiv, fie nu. Ce putem afirma cu siguranță este faptul că titlul de protecție este cel supus unui termen extinctiv, ceea ce nu ar trebui să conducă automat la susținerea că acest termen este translat și asupra contractului care are ca obiect derivat invenția brevetată, pentru a-l considera afectat de o modalitate.

Cel puțin într-o măsură, prin prisma celor afirmate, rămâne să reținem faptul că soluția termenului extinctiv nu asigură îndeplinirea finalității urmărite.

În doctrina franceză[27] s-a opinat în sensul reținerii caducității drept soluție pentru contractul de licență încheiat pentru o durată nedeterminată, în cazul expirării brevetului. Urmare a reglementării caducității în Codul civil francez, art. 1186 alin. (1) stabilește că un contract format valabil este afectat de caducitate dacă unul dintre *elementele esențiale* dispare în cursul executării sale[28]. În ceea

[25] A se vedea, I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății...*, p. 135 ; J. Azéma, J.-C. Galloux, Droit de la propriété industrielle, ed. a 8-a, Editura Dalloz, Paris, 2017, p. 452; J. Passa, *op. cit.*, p. 628, 643; J.-J. Burst, Y. Basire, *op. cit.*, punctele 141 *et seqq.*

[26] Asupra sensului acesteia, a se vedea, C.T. Ungureanu, A.-I. Toader, *Drept civil...*, pp. 298-300. Clauza reputată nescrisă își pierde, de fapt, forța obligatorie.

[27] În acest sens, J. Passa, *op. cit.*, p. 628 (opinia a fost formulată anterior modificărilor legislative intervenite prin Ordonanța n° 2016-131 din 10 februarie 2016 privind reforma dreptului contractelor și a regimului general și al probelor obligațiilor, disponibilă on-line la: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000032006591/2016-10-01/, accesată la 25 august 2021); J.-J. Burst, Y. Basire, *op. cit.*, punctul 144 (în raport de data actualizării materialului, soluția este menținută și sub actuala reglementare, care consacră dispoziții exprese în materie de caducitate).

[28] Redăm, pentru claritate, și primul alineat al dispoziției legale „Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît".

ce privește semnificația noțiunii de *elemente esențiale* ale contractului, doctrina[29] pledează pentru o raportare la conținutul (*contenu*) acestuia, admițând că dispariția contraprestației într-un contract cu titlu oneros ar putea justifica reținerea caducității[30]. În ceea ce privește mecanismul său de funcționare, art. 1187 din Codul civil francez prevede încetarea efectelor contractului ca urmare a intervenirii caducității. Se apreciază[31] că această formă de redactare a dispoziției legale ar permite ca, în anumite împrejurări, caducității să îi fie recunoscute chiar efecte *ex tunc*.

Revenind, totuși, în planul reglementărilor naționale, observăm că nu există o reglementare specifică a caducității în cuprinsul Codului civil, ci doar dispoziții care indică aplicarea sa în cazuri punctuale – e.g. art. 1071 C. civ. în materia caducității legatului; art. 1195 C. civ. în materia caducității ofertei; art. 333 C. civ. în materia clauzei de preciput; art. 1030 C. civ. în materia caducității donațiilor între soți, ș.a. Se decantează, așadar, și o predispoziție a legiuitorului nostru în a lega această cauză de ineficacitate de actele juridice care nu au vocație bilaterală, cu titlu oneros și sinalagmatică. Raportat la contractul de licență și expirarea brevetului, ne reîntoarcem la matcă, respectiv la necesitatea identificării unui temei legal care să autorizeze aplicarea sancțiunii caducității[32]. Constatăm, în lumina reglementării, absența unei atare justificări[33], în raport de caducitate.

---

[29] În acest sens, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations,* Dalloz, Paris, 2019, p. 664; A se vedea și, D. Bosco, *La sanction des conditions de formation du contrat,* în A. Batteur, *Droit civil. Des obligations,* Les Annales du Droit 2017, Dalloz, Paris, 2016, p. 140 *et seqq;* R. Jafferali, *Le droit commun des contrats,* Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 135-137.

[30] În acest sens, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé, *op. cit.*, p. 644.

[31] Pentru dezvoltări, a se vedea, *Idem,* p. 668.

[32] În doctrină s-a precizat, sub imperiul reglementării anterioare, dar credem că își menține valabilitatea *de lege lata*, *„Caducitatea, înțeleasă ca și cauză de ineficacitate a actului juridic, trebuie să se justifice pe dispoziții legale care să autorizeze abaterea de la principiul pacta sunt servanda. Într-adevăr, odată născută valabil, convenția trebuie executată de către părți, numai cauze autorizate de lege putându-i pune capăt*", G.-A. Ilie, *op. cit.*, p. 83. În același sens, și într-o opinie la care achiesăm, s-a mai precizat „ (...) *deducem regula potrivit căreia stingerea unei obligații, ca de altfel orice cauză de ineficacitate a actului juridic civil, trebuie reglementată de lege. În ce ne privește susținem existența unui adevărat principiu al legalității cauzelor de ineficacitate ale actului juridic civil*", *Idem*, p. 33.

[33] În literatura de specialitate din România s-a considerat că sancțiunea desființării de drept a contractului, aplicată în baza art. 1557 C. civ., s-ar plia pe ceea ce anterior considera drept caducitate. În acest sens, L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile,* Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 259. A se vedea și, Ș. Diaconescu, *Cauza actului civil, între tradiție și (in?)utilitate,* în D.A. Popescu (ed.), *In Honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică,* Editura Hamangiu, București, 2018, p. 288. În contrast cu aceste opinii, a se vedea, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații,* ed. a 2-

Din cele prezentate până în acest punct, ar părea că nu avem un temei în baza căruia să putem considera contractul de licență ca fiind încetat de drept la momentul la care a intervenit expirarea brevetului. Această concluzie ar înfrânge totuși spiritul de echitate, dat fiind că, din punctul nostru de vedere, licențiatul nu ar mai avea temei pentru una dintre obligațiile principale, respectiv aceea de a plăti redevențele în perioada ulterioară căderii invenției în domeniul public – cu titlu excepțional, rațiune pentru o astfel de plată ar exista, dacă părțile au convenit eșalonarea redevențelor (raportat la o sumă globală) pentru un interval mai mare de timp. Din punct de vedere economic, părțile ar putea conveni astfel cu scopul de a facilita integrarea tehnologiei în procesul licențiatului care, de altfel, s-ar putea să nu obțină *ab initio* sume substanțiale din comercializarea produsului încorporând invenția brevetată. Totuși, în acest caz, dacă identificăm un temei pentru încetarea contractului în caz de expirare a brevetului, clauza privind plata prețului în această modalitate eșalonată va supraviețui.

Un ultim aspect asupra căruia ne îndreptăm atenția vizează reglementarea din art. 1819 C. civ.[34] Drepturile și obligațiile decurgând din încheierea contractului de locațiune se sting cu efecte *ex nunc,* urmare a intervenirii unui eveniment prin care locatorul nu mai are calitatea necesară pentru a asigura fundamentul drepturilor acordate locatarului. În literatura de specialitate au fost incluse în categoria cauzelor care determină încetarea de drept a contractului în baza art. 1819 C. civ. „ (...) când titlul proprietarului (locator) este anulat ori rezolvit, sau dacă acesta este evins printr-o acțiune în revendicare, ori dacă *titlul locatorului principal s-a desfăcut prin expirarea termenului prevăzut în contract și nu mai poate asigura sublocatarului* (...) *folosința bunului* (s.n. – R.S.)”[35].

a rev., Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 530-531, autorul indicând faptul că soluția desființării de drept a contractului produce efecte retroactive „ *(...) presupunând că actul nu a existat niciodată*”. De principiu, atunci când avem în vedere caducitatea, se reține că aceasta produce efecte *ex nunc, Idem,* p. 434; A se vedea și, F.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole,* ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 1663. Și dacă am admite că există o unitate între cele două – desființare de drept a contractului în baza art. 1557 C. civ. și caducitate –, reiterăm faptul că nu ne aflăm într-o ipoteză de imposibilitate fortuită de executare a obligațiilor de către licențiator atunci când invenția cade în domeniul public ca urmare a expirării efectelor brevetului.

[34] Art. 1819 C. civ. stabilește „ (1) Desființarea dreptului care permitea locatorului să asigure folosința bunului închiriat determină încetarea de drept a contractului de locațiune. (2) Cu toate acestea, locațiunea va continua să producă efecte și după desființarea titlului locatorului pe durata stipulată de părți, fără a se depăși un an de la data desființării titlului locatorului, însă numai dacă locatarul a fost de bună-credință la încheierea locațiunii”.

[35] În acest sens, F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Volumul II Locațiunea. Închirierea locuinței. Arendarea. Mandatul*, Editura Universul

Desființarea titlului locatorului nu are, așadar, întotdeauna efect retroactiv, cel puțin dacă ne raportăm la ultima ipoteză subliniată.

Admitem că interpretarea poate să pară forțată, însă vedem un punct de convergență între ultima situație evidențiată și expirarea brevetului, ambele vizând expirarea duratei titlului în baza căruia s-a încheiat contractul. Ajungerea la termen a contractului de locațiune principal conduce la imposibilitatea locatarului (devenit locator) de a mai asigura sublocatarului folosința bunului, posterior acestui moment. Translând, odată cu expirarea brevetului și căderea invenției în domeniul public, este fără putință de tăgadă faptul că licențiatorul nu își mai poate îndeplini obligațiile care decurg din contractul de licență. Practic, acesta nu mai are calitatea necesară pentru a fundamenta dreptul de exploatare al licențiatului (sau, eventual, de a asigura exclusivitatea în raport de coordonatele contractuale).

Opinăm, din acest punct de vedere, în sensul reținerii art. 1819 C. civ. drept temei pentru soluția încetării de drept a contractului de licență, odată cu expirarea duratei titlului de protecție. Totuși, nu credem că poate fi reținută soluția alin. (2) a art. 1819 C. civ., și nici nu pot fi cerute despăgubiri de către licențiat de la licențiator pentru survenirea evenimentului. Susținem aceasta dat fiind că, odată cu împlinirea duratei pentru care s-a acordat titlul de protecție, invenția cade în domeniul public, deci brevetul nu revine unei alte persoane, în calitate de titular. În plus, licențiatul cunoștea încă de la încheierea contractului momentul la care brevetul urma să expire[36].

Concluzii

În urma demersului am identificat, primordial, efectele pe care le produce expirarea brevetului de invenție atât prin prisma invenției în sine, cât și prin prisma statutului părților contractului de licență și al terților. Astfel, invenția brevetată pierde statutul de bun. Odată cu stingerea drepturilor în conținut patrimonial, nici licențiatorul nu își mai poate îndeplini obligațiile față de licențiat, iar licențiatul nu mai are un temei juridic valabil pentru a plăti redevențele (dacă ar fi datorate pentru exploatarea ulterioară căderii invenției în domeniul public). Din perspectiva terților, aceștia nu mai sunt condiționați de obținerea consimțământului titularului pentru a realiza acte de exploatare a invenției.

În lumina consecințelor pe care le antrenează expirarea brevetului și dată fiind poziția doctrinei – de a susține încetarea de drept a contractului de licență

Juridic, București, 2021, p. 105; R. Dincă, *Contracte civile speciale în noul Cod civil. Note de curs*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 197-198.

[36] Reiterăm faptul că premisa a fost aceea a încheierii contractului de licență cu privire la o invenție pentru care s-a obținut brevetul.

încheiat pe durată nedeterminată, în cazul producerii acestui eveniment –, ne-am îndreptat atenția asupra temeiului unei astfel de soluții, toate acestea în considerarea postulării unui principiu al legalității cauzelor de încetare a efectelor contractelor. Am eliminat treptat posibilitatea de a susține: nevaliditatea contractului pe temeiul expirării brevetului, imposibilitatea fortuită de executare, caducitatea. În cele din urmă ne-am oprit asupra posibilității de a reține drept aplicabil art. 1819 C. civ., aflându-ne într-o situație similară cu cea a desființării titlului constitutorului.

Soluția propusă, în cele din urmă, departe de a fi în substanță una perfectă, invită mai degrabă la reflecție asupra unei posibile justificări în ceea ce privește temeiul încetării contractului de licență (dacă admitem că încetează) în ipoteza expirării duratei pentru care a fost acordat titlul de protecție a invenției.

Referințe

Azéma J., Galloux J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, ed. a 8-a, Dalloz, Paris, 2017

Baias F.-A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole,* ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2014

Balan M.N., *Drept constituțional și instituții politice. Vol. I. Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european,* Editura Hamangiu, București, 2015

Basire Y., *JurisClasseur Brevets, Fascicule 4740: Licence de brevet – Fromation du contrat. Conclusion du contrat,* LexisNexis, ultima actualizare 26 februarie 2018

Boroi G., Anghelescu C., *Curs de drept civil. Partea generală,* ed. a 2-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, Bucureşti, 2012

Bosco D., *La sanction des conditions de formation du contrat,* în Batteur A., *Droit civil. Des obligations,* Les Annales du Droit 2017, Dalloz, Paris, 2016

Burst J.-J., Basire Y., *JurisClasseur Brevets, Fascicule 4741: Licence de Brevets,* LexisNexis, ultima actualizare 2 martie 2020

Craiovan I., *Tratat de teoria generală a dreptului,* ed. a 2-a rev. și ad., Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2009

Deak F., Mihai L., Popescu R., *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Volumul II Locațiunea. Închirierea locuinței. Arendarea. Mandatul*, Editura Universul Juridic, București, 2021

Diaconescu Ș., *Cauza actului civil, între tradiție și (in?)utilitate,* în Popescu D.A. (ed.), *In Honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2018

Diaconiță V., *Executarea silită în natură a obligațiilor contractuale în sistemul Codului civil român,* Editura Universul Juridic, București, 2017

Dincă R., *Contracte civile speciale în noul Cod civil. Note de curs,* Editura Universul Juridic, București, 2013

Dincă R., *Protecția secretului comercial în dreptul privat,* Editura Universul Juridic, București, 2009

Dincă R., *Natura juridică a drepturilor de proprietate intelectuală,* Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2007

N.R. Dominte, *Dreptul proprietății intelectuale*, Editura Solomon, București, 2021

Ilie G.-A., *Riscurile în contracte de la vechiul la noul Cod civil,* Editura Universul Juridic, București, 2012
Jafferali R., *Le droit commun des contrats,* Bruylant, Bruxelles, 2016
Macovei I., *Tratat de drept al comerțului internațional,* Editura Universul Juridic, București, 2014
Macovei I., *Tratat de drept al proprietății intelectuale,* Editura C.H. Beck, București, 2010
Mărculescu-Michinici M.I., Dunea M., *Drept penal. Partea generală, Curs teoretic în domeniul licenței (I),* Editura Hamangiu, București, 2017
Passa J., *Droit de la propriété industrielle*, Tome 2, L.G.D.J., Paris, 2013
Pop L., Popa I.-F., Vidu S.I., *Curs de drept civil. Obligațiile,* Editura Universul Juridic, București, 2015
Predescu I., Safta M., *Principiul securității juridice, fundament al statului de drept. Repere jurisprudențiale,* Buletinul Curții Constituționale, Semestrul I, 2009. [Online] la https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/01/predescu.pdf
Speriusi-Vlad A., *Teoria impreviziunii în domeniul invențiilor,* Dreptul, Nr. 3/2020
Speriuși-Vlad A., *Obiectul tranzacțiilor din domeniul proprietății intelectuale: Creațiile intelectuale sau drepturile asupra acestora?*, în Bercea L. (editor), *Contractele nenumite în afaceri*, Editura Universul Juridic, București, 2017
Stoica V., *Noțiunea de bun incorporal în dreptul civil român*, Revista Română de Drept Privat, Nr. 3/2017
Stoica V., *Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român,* Revista Română de Drept Privat, Nr. 4/2013
Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală,* Vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2014
Terré F., Simler P., Lequette Y., Chénedé F., *Droit civil. Les obligations,* Editura Dalloz, Paris, 2019
Ungureanu C.T., Toader I.-A., *Drept civil. Partea generală. Persoanele,* ed. a 4-a rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2019
Vasilescu P., *Drept civil. Obligații,* ed. a 2-a rev., Editura Hamangiu, București, 2017

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-11

Ianus Quadrifrons, păzitor neiscusit al legalității în materia impunerii persoanei fizice

Janus Quadrifrons, Underserved Guardian of Legality in matter of Personal Taxation

IOANA MARIA COSTEA[1]

Rezumat: Atât impunerea persoanei fizice, cât și impozitul pe venit îl evocă pe Ianus prin însăși rolul jucat în sistemele fiscale contemporane. O impunere ubicuă, pluri-fațetată, prezentă asemeni zeului la toate ceremoniile, fără a fi la fel de notoriu ca zeitatea centrală, impozitul pe venit și cohorta de contribuții are în sistemul fiscal român o multitudine de expresii. Fiscalitatea persoanei fizice este un compus la fel de dinamic ca Ianus, cu accente extrem de variate în funcție de sursa venitului relevant fiscal, fapt care difuzează interogații de echitate, cu accente de legalitate și chiar constituționalitate în ansamblul dispozițiilor din Codul fiscal dedicate acestei materii. Studiul de față își propune să analizeze la nivel de concept și politici domeniul impunerii persoanei fizice, cu nuanțe critice față de acest model plural și cu un manifest secundar privind necesitatea unei consolidări a echității în acest domeniu.

Cuvinte-cheie: impunerea persoanei fizice, impozit pe venit, cămin fiscal, contribuții sociale

Abstract: Both the taxation of the individual and the income tax evoke Janus through the very role played in contemporary tax systems. A ubiquitous, multi-faceted taxation, present like the god at all ceremonies, without being as notorious as the central deity, the income tax and the cohort of contributions has a multitude of expressions in the Romanian tax system. The taxation of the natural person is a compound as dynamic as Janus, with extremely varied accents depending on the source of the relevant tax revenue, which broadcasts questions of fairness, with accents of legality and even constitutionality in all provisions of the Tax Code regulating this matter. The current study aims to analyze at conceptual and policy level the field of individual taxation, with critical nuances to this plural model and a secondary manifesto on the need to strengthen equity in this area.

Keywords: personal income taxation, revenue tax, fiscal home, social contributions

[1] Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: ioana.costea@uaic.ro, https://orcid.org/0000-0002-7787-4641

Ianus este zeul începutului; niciun zeu nu este mai potrivit să fie asociat cu impunerea persoanei fizice, impunere originară atât într-o viziune diacronică, cât și funcțională. Impunerea persoanei fizice este în mod firesc forța primordială a sistemelor fiscale indiferent de momentul istoric, de vreme ce venitul individului este cea mai constantă formă de venit, manifestare a preocupării vitale pentru resurse și a mobilizării pentru supraviețuire. Formele contemporane mai rafinate de exprimare a instinctului primordial nu pierd niciun moment valoroasa lor unicitate și motricitatea lor fundamentală. Încapsularea în formă juridică a acestui demers bazal, de identificare și acumulare a resurselor este fără doar și poate o consecință secundară cu o dialectică internă, rafinată proporțional cu distilarea soluțiilor juridice din diferite ramuri de drept (cum ar fi dreptul muncii sau dreptul proprietății intelectuale). La fel de externă și artificială este și relevanța fiscală dată acestei dinamici umane constante. Norma fiscală rămâne incontestabil cea mai arbitrară intervenție normativă raportat la o interacțiune umană, cu o rațiune internă proprie, străină de motivarea relației pe care se calchiază și pe care o parazitează[2]. Efectul acesteia nu este nici pe departe la fel de extern și distant, ci extrem de organic conectat la însăși efectele patrimoniale ale acestor dinamici și pe cale de consecință dobândește o scrupuloasă relevanță în spectrul identificării și administrării resurselor. Studiul nostru se înscrie în linia acestei migale de a inventaria multitudinea de regimuri juridice, care formează impunerea persoanei fizice, propunând o analiză punctuală a ipostazelor impunerii acesteia și a mecanismelor interne de reglare a acestora în raport de un standard constant de legalitate și echitate.

1. Scurte considerații preliminare

Ipoteza de lucru enunțată mai are nevoie de o precizare pentru a reflecta nu numai dinamicile etiologice ale veniturilor persoanei fizice și externalitatea normei fiscale față de aceste venituri, dar și lupta internă de dimensiuni mitologice derivând din opțiunea legiuitorului român de a reglementa fragmentat un impozit cu zece avataruri, reunite într-un Panteon după criteriul sursă și într-un atlas de soluții de administrare.

Înainte de a înfrunta fiecare chip al lui Ianus, se cuvine să facem o serie de observații principiale, de opțiune normativă și de consistență a sistemului fiscal român limitat la impunerea persoanei fizice. Facem precizarea că în scopul acestui demers analitic, impunerea persoanei fizice desemnează impozitul pe venit și contribuțiilor sociale, care deși organizate în titluri diferite în Codul

[2] C. Codrea, „The externality of law. Kelsen, Kant and Nietzsche in a hermeneutic circle" în *Journal of Romanian Literary Studies*, nr. 23/2020, pp. 369-374, C. Codrea, „The Perils of a Legal Mind", în *The Proceedings of the International Conference Communication, Context, Interdisciplinarity*, vol. 6/2020, pp. 164-170.

Fiscal au un algoritm intern de îmbinare în funcție de zeitatea primordială, ce le determină. Astfel, o lectură în succesiunea Codului se impune a fi abandonată pentru o restructurare a discursului raportat la axa fundamentală de organizare a materiei și anume principalele surse ale venitului impozabil (impunerea muncii, a întreprinderii, a creației intelectuale, a activităților agricole ori a veniturilor din administrarea patrimoniului etc.).

La nivel de normă constituțională, legiuitorul a consacrat prin art. 139 alin. (1) și alin. (2) două dimensiuni ale principiului legalității: *(1) Impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului de stat și ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege. (2) Impozitele și taxele locale se stabilesc de consiliile locale sau județene, în limitele și în condițiile legii.* Dubla reglementare are ca și sursă clasificarea fundamentală a impunerilor, în impuneri centrale și locale. Astfel, dispozițiile alin. (1) instituie principiul legalității raportat la bugetul de stat și bugetul asigurărilor sociale de stat. Observăm că datorită momentului emiterii normei constituționale nu se face referire la bugetul asigurărilor sociale de sănătate, care actualmente este tot un buget central, precum și limitarea consacrării principiului exclusiv la cele două bugete menționate expres. Desigur, o asemenea limitare nu are nicio semnificație *per se*, fiind doar consecința unor evoluții cronologice și a organizării ulterioare a sistemului bugetar față de momentul edictării normei constituționale. *De lege ferenda*, se impune o revizuire a dispozițiilor alin. (1) cu referire la conceptul de buget general consolidat, care terminologic ar desemna plenar orice destinație a unor resurse provenind din impozite, taxe contribuții. Raportat la dispozițiile alin. (2) cu particularizare față de bugetele locale, trebuie subliniat faptul că în această materie standardul de legalitate se nuanțează prin suprapunerea cu principiul descentralizării și cu reflecțiile acestuia în materie fiscală și anume autonomizarea surselor de venit ale bugetelor locale[3].

Tot parte a unui demers inițial se impune a fi și o lectură a codurilor, fiscal și de procedură fiscală, pentru a identifica liniile directoare la nivel de principiu[4], care sunt slujite prin aceste reglementări punctuale. În acest demers, identificăm în Codul de procedură fiscală (alegere neinspirată de localizare a materiei), un articol 4 alin. (1) cu nota marginală *Principiul legalității* cu următorul conținut: *Creanțele fiscale și obligațiile corespunzătoare ale contribuabilului/ plătitorului sunt cele prevăzute de lege.* Observăm la o primă lectură a textului că acesta are o funcție subsidiară, raportat la dispoziții de drept procesual într-un sens derivat întrucât face referire la „creanțele fiscale" ca și componentă patrimonială a raportului de drept fiscal, în dimensiunea lui materializată, ulterioară asietei.

[3] Pentru detalii, a se vedea: I.M. Costea, „Premisele bugetare ale autonomiei locale și ale descentralizării", în *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, nr. 66.1/2020, pp. 325-342.

[4] Pentru detalii, a se vedea: S. Doroga, „Principii de bază ale fiscalității - Considerații generale", în *Analele Universității de Vest din Timișoara-Seria Drept*, nr. 2/2015, pp. 111-128.

Desigur, nu este cu putință a ajunge la „o creanță fiscală" decât din lectura unui raport juridic prin filtrul dispozițiilor de drept material reglementate de Codul fiscal, adică prin aplicarea dispozițiilor acestuia la o situație de fapt, la un fapt generator. Formularea este cumva aproximativă de vreme ce legea (Codul fiscal *stricto sensu* ori alt act normativ *lato sensu*) nu instituie creanțe fiscale, acestea fiind un rezultat al activității administrative, de individualizare a creanței fiscale. Într-o lectură mai generoasă, putem afirma că formula de consacrare a acestui principiu este extrem de protectivă, de vreme ce instituie standardul de legalitate nu numai pentru norma juridică în abstract, ci pentru creanța fiscală, un rezultat concret al aplicării normei juridice. Astfel, în materie fiscală, principiul legalității are o dimensiune normativ-administrativă, în sensul în care confirmă standardul de protecție atât pentru formula abstractă de reglementare (e.g. a unui impozit), cât și pentru creanța efectiv datorată de un anumit contribuabil, pentru o anumită perioadă fiscală.

În ceea ce privește principiul echității, identificăm dispoziții exprese în articolul 3 din Codul fiscal, cu nota marginală *Principiile fiscalității: c) justețea impunerii sau echitatea fiscală asigură ca sarcina fiscală a fiecărui contribuabil să fie stabilită pe baza puterii contributive, respectiv în funcție de mărimea veniturilor sau a proprietăților acestuia.* Acest principiu este fără doar și poate reperul de lectură constantă a dispozițiilor de drept material fiscal, principiu care pe parcursul analizei noastre va constitui filtrul de evaluare comparativă a fiecărei ipostaze de fiscalizare a unei forme de venit, arătându-l sau nu pe Ianus consecvent cu sine însuși. Într-o lectură de detaliu, principiul echității în viziunea legiuitorului român se dorește echivalent cu *principiul posibilității de plată*[5], despre care afirmăm *ab initio* că este incompatibil cu o determinare secvențială a impozitului, pentru fiecare formă de venit, așa cum propune Codul fiscal român.

2. Forma înaintea fondului. O lectură firească?

Simbolic, Ianus este zeul porților, al cadrului de început deschizând calendarul (lui îi este dedicat ianuarie, prima lună a anului). Această inițiere este guvernată de dinamici formale, organizatorice și călăuzitoare. Este evident astfel firescul inversării unei ordini a lecturii normelor fiscale, dinspre procedură spre dreptul material, dinspre cadrul spre conținut guvernată de o constantă eterogenitate. În încercările de a sistematiza opțiunile normative privind impunerea persoanei fizice, în lectura transversală pe care o propunem în acest studiu apare ca vital a inventaria mai întâi formele de colectare a impunerii persoanei fizice.

[5] E. Toma, „Echitatea fiscală: un principiu în declin?", în *Studia Universitatis Vasile Goldiș, Arad-Seria Științe Economice*, nr. 19.3/2009, pp. 33-42.

O primă concluzie este aceea a unei varietăți mai reduse a ipostazelor formei, fiind în prezența unui sistem de declarativ de colectare, cu subsisteme eterogene.

Dominant este sistemul declarativ prin reținere la sursă care ridică o serie de interogații de echitate. Specifică reținerii la sursă este deplasarea accentului în procedurile de administrare a impunerii de la titularul obligației fiscale către debitorului acestuia; este cazul angajatorului pentru creanțele fiscale aferente veniturilor de tip salarial, al administratorului fondurilor de pensii pentru veniturile din pensii, al depozitarului, brokerului ori lichidatorului în cazul veniturilor din investiții, al beneficiarului unui drept de autor sau de proprietate industrială în cazul veniturilor din proprietate intelectuală ori chiar al unui terț, cum este notarul în cazul veniturilor din tranzacții imobiliare. Acest transfer de lentilă dinspre debitor spre debitorul debitorului fiscal are etiologic o explicație pe care îndrăznim să o plasăm în sfera eficienței colectării. În toate ipotezele invocate, debitorul debitorului este un profesionist, aspect relevant atât raportat la familiarizarea cu formalismul colectării creanțelor fiscale (mai ales în contexte digitalizate, care implică un plus de instrumente și resurse în comunicarea cu administrațiile fiscale), cât și raportat la recurența acestei dimensiuni[6]. Sunt astfel evitate dialoguri aproximative cu contribuabilii persoane fizice, care raportat la profilul lor cultural și profesional, pot fi extrem de obtuze față de norma fiscală. Colectarea devine centralizată, ermetică față de titularul real al obligației fiscale, chiar opacă, aspect care perpetuează în opinia noastră o înstrăinare a acestuia față de dimensiunea reală a contributivității. Promovarea acestui model de colectare a impunerilor persoanei fizice, corelată cu abandonarea de către legiuitorul fiscal a demersurilor declarative în persoana proprie față de o majoritate covârșitoare a contribuabililor persoane fizice poate fi justificată prin obiective de eficiență a colectării, de control a colectării și de combatere a evaziunii fiscale[7]. Sunt pe această cale sacrificate ipostaze de conștientizare a impunerii și de consimțământ la impozit în scopul colectării eficiente.

Subsidiar, Codul Fiscal amenajează un spațiu extrem de elaborat și laborios pentru colectarea impozitului pe venit în sistem declarativ în persoana proprie. Sunt colectate în persoana proprie impozitul pe venitul din activități independente, unele ipoteze ale exploatării drepturilor de proprietate intelectuală, impozitul pe venitul din activități agricole, din investiții, din cedarea folosinței bunurilor. La o primă vedere, Ianus este la el acasă în această materie raportat la ipoteza de lucru a componentei mozaicate a sistemului de colectare a impunerii. În interiorul acestei variațiuni, observăm o diversitate de forme de

[6] Conform Raportului Consiliului Fiscal pentru anul 2019, impozitul pe venitul din salarii reprezintă 78,4% din impozitul pe venit ca agregat bugetar, impozitul pe venitul din dividende 7,7%, iar impozitul stabilit în sistem declarativ în persoana proprie 6,7% din total, pg. 57, disponibil la http://www.consiliulfiscal.ro/RA%20CF%202019.pdf.

[7] Pentru detalii, a se vedea: I.M. Costea, *Legea evaziunii fiscale, comentată și adnotată*, Editura Hamangiu, 2018.

determinare a bazei impozabile cu grade variate de autonomie şi modalităţi diferite de raportare la contextul contractual ori factual care constituie fapt generator. Sunt legiferate variante de sub-sistem real, forfetar ori mixt (regimul mixt fiind caracterizat în opinia noastră de determinarea în sistem real pentru venituri, forfetar pentru cheltuielile deductibile). Mai mult, notăm inclusiv organizarea unui spaţiu de optimizare[8] pentru contribuabil care are drept de opţiune între diferite forme de determinare a bazei impozabile. Contribuabilul poate creiona punctual scenarii de calcul a creanţei fiscale derivând din impozit pe venit şi/sau contribuţii sociale şi alege modul de determinare a bazei impozabile cel mai puţin oneros. Marcăm şi existenţa unei excepţii de la acest mecanism de optimizare şi anume ipoteza veniturilor din agricultură, unde contribuabilul este captiv al sistemului forfetar pentru veniturile indicate la art. 104 Cod Fiscal. Acest montaj juridic, pe care îl caracterizăm ca laborios, se poziţionează sub auspiciile generice ale sistemului de declarare anuală a impozitului în mecanism unic. Diversitatea de forme de lucru nu se corelează sub aspectul volumului de creanţe colectate (undeva spre 7% din creanţele fiscale din impozitul pe venit) ridicând o interogaţie generică privind raportul dintre efortul de administrare a acestor creanţe şi volumul lor.

O concluzie iniţială devine evidentă şi anume că în acest mozaic fiscal accentele formale de construct normativ nu se corelează cu însemnătatea bugetară a creanţelor colectate.

3. Vulcan vs. Mercur

Dacă chestiunile procedurale ne-au adus deja un inventar al soluţiilor juridice naţionale privind impunerea persoanei fizice şi accentele sunt manifeste, o lectură a dispoziţiilor punctuale ale Codului Fiscal permite unele nuanţări.

Ne vom dezice de ordinea propusă de Codul Fiscal şi vom acorda din considerente de volum o atenţie sporită, ipostazei de impunere a salariului şi a altor venituri asimilate (*de lege lata* veniturile din activităţi dependente)[9], pe care le vom plasa sub auspiciile lui Vulcan, zeul zelos al meşteşugurilor a cărui postură de truditor în faţa furnalului este emblematică. Am îndrăzni să afirmăm că în logica legiuitorului fiscal Vulcan ocupă locul central în Panteon, fapt datorat unei tradiţii a ipostazei lucrative sub formă de contract de muncă sau raport juridic asimilat, preferat pentru suplimentul de protecţie juridică specifice dreptului muncii. La acest aspect, se adaugă o serie de elemente culturale, cum

[8] Pentru viziunea autoarei asupra conceptului de optimizare, a se vedea: I.M. Costea, *Complementaritate şi subsidiaritate în combaterea evaziunii fiscale*, Editura Hamangiu, 2018 (teză de doctorat), publicată în forma parţială ca şi *Combaterea evaziunii fiscale şi frauda comunitară*, Editura C.H. Beck, 2010.

[9] Art. 76-82 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

ar fi dinamica de politică bugetar-fiscală din jurul salariului minim pe economie, colectarea prin reținere la sursă a impunerii, opacitatea regimului fiscal față de ideea de asumare a unui dialog direct al contribuabilului cu autoritatea fiscală.

Calificând regimul juridic al impunerii veniturilor din salarii și din surse asimilate, vom porni de la premisa că este cel mai oneros regim de impunere a persoanei fizice, filon în jurul căruia legiuitorul amenajează o serie de atenuări punctuale: deducerea de bază, scutirile pentru anumite sectoare de activitate (construcții, IT), deductibilitatea cel puțin parțială a unor cheltuieli ale angajatorului făcute în beneficiul angajatului (tichete de masă, tichete cadou, tichete culturale[10]). Povara fiscală în acest context nu derivă exclusiv din impozitul pe venit, ci din modul de determinare a bazei impozabile în ipoteza contribuțiilor sociale, datorate la venitul *in integrum*. Astfel, baza de calcul a contribuțiilor sociale include veniturile de natură salarială, în bani și în natură, fără niciun fel de atenuare. La acestea (contribuția de asigurări sociale datorate bugetului asigurărilor sociale de stat și contribuția de asigurări sociale de sănătate), se adaugă contribuția asiguratorie de muncă datorată de angajator, dar care afectează tot costul muncii.

Codul Fiscal pune în prim plan în materia impozitului pe venit datorat de persoana fizică[11] venitul din activități independente. Sunt vizate ipostazele profesionale independente, calificabile prin filtrul criteriilor de la art. 7 pct. 3 din Codul Fiscal[12]. Aceste ipostaze, guvernate de Mercur sunt caracterizate printr-un formalism specific condiționării pentru a exercita o profesie liberală sau un comerț în condițiile O.U.G. nr. 44/2008[13]. Focusul mercantil al acestei ipoteze de lucru derivă din însăși vocația contribuabilului de a realiza venituri profesionale, pe cont propriu, autonome sub aspect fiscal și contabil. Așa cum am arătat, caracterul profesionist îmbracă două forme, colectarea impunerii realizându-se în persoana proprie în sistem real (cu tot montajul declarativ venit estimat – venit realizat și declarație unică) ori sistem forfetar (cu o apropriere semnificativă de regimul fiscal al veniturilor salariale, de vreme ce mare parte a normelor de venit se situează în proximitatea salariului minim pe economie).

Acest profil versatil, capabil să călătorească între lumi, cu abilități hermeneutice raportat la norma fiscală este *imago-ul* perfect al contribuabilului independent și diligent. Cu toate acestea, formula normativă contemporană alege să îi asigure un regim protectiv, nedemn de valențele mercantile. Astfel, dacă regimul impozitului pe venit și modul de colectare a creanțelor fiscale situează acest profesionist într-un cadru de autonomie demn de urmat, regimul

[10] Art. 25 alin. (3) lit. b), c) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal

[11] Art. 67-69[3] din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal

[12] Pentru scurte considerații privind saga calificării în materia dependent-independent, a se vedea: I.M. Costea, D.M. Ilucă, „Din nou despre activitățile (in)dependente", în *Tax Magazine*, nr. 5/2015, pp. 213-228.

[13] Publicată în Monitorul Oficial nr. 328 din din 16 aprilie 2008.

stabilit în privința obligațiilor privind asigurările sociale de stat și asigurările sociale de muncă este protectiv. Sistemul, extrem de volatil, stabilește o scutire pentru veniturile sub nivelul a douăsprezece salarii minime brute, limitarea obligației de plată a contribuției de asigurări sociale de stat la nivelul venitului ales de contribuabil ori indicat de norma de venit[14], cu respectarea condiționării *de minimis* amintite. Alte diferențe față de regimul fiscal al veniturilor salariale au un efect negativ, cum ar fi nedeductibilitatea cheltuielilor cu CASS, nedeductibilitatea cheltuielilor sociale etc.

În acest binom, dacă ar fi să punem în balanță cele două profiluri, Mercur este protejat de norma fiscală, consecință nefirească și alimentând eternul mit al optimizării prin opțiunea salariat vs. profesionist. Opțiunea nu este o opțiune reală, filtrul de la art. 7 pct. 3) Cod fiscal având vocația de a distinge limpede între cele două fețe ale zeului. Cu toate acestea, practica fiscală a micilor afaceri cheamă spre abuzul de normă fiscală, în scopul de a situa raporturile juridice generatoare de venituri sub semnul protectiv al lui Mercur[15].

4. Apollo „Creatorul"

Autonomizat recent pentru a fi o alternativă a veniturilor salariale ori antreprenoriale, venitul din drepturi de proprietate intelectuală nu are un profil fiscal pe atât de clar, pe cât l-ar proiecta solar și plenar Apollo, protectorul artelor și al creației. Această sursă de venit are un pronunțat caracter alternativ și o versatilitate ce tinde spre dematerializare. Spre exemplu, Codul CAEN 9001 include *activități ale artiștilor individuali cum ar fi actori, dansatori, muzicieni, recitatori sau crainici*, activități care lesne pot face obiectul unui raport de dreptul muncii, conform COR *265301 Balerin, 265304 Maestru de balet* ori chiar al unei cesiuni de drepturi de autor, conform art. 7 lit. d) din Legea nr. 8/1996 în categoria *operele dramatice, dramatico-muzicale, operele coregrafice și pantomimele.* Fără a pune în discuție aspecte extrem de nuanțate privind originalitatea ori autonomia funcțională și artistică, arătăm doar că delimitările dintre aceste ipostaze de valorificare a unei expresii artistice sunt de finețe și că, pe caz concret, efasarea acestor frontiere poate fi spațiul optim pentru abuzul de drept din partea ambilor participanți la raportul juridic fiscal. Mai mult, anumite condiționalități specifice uneia sau alteia din ipotezele de valorificare (existența unei calificări formale pentru COR sau a vârstei minime pentru contractul individual de muncă) pot fi conturnate prin abilități contractuale specifice.

[14] Pentru exemple punctuale de calcul, a se vedea: L. Cernușca, „Contribuția de asigurări sociale datorată de persoanele fizice care obțin venituri din activități independente" în *CECCAR Business Review*, nr. 7/2021, pp. 35-43.

[15] Pentru detalii privind ipostazele de fiscalizare a muncii, a se vedea: I.M. Costea, „Labour Taxation: Formal And Informal Solutions" în *Perspectives of Law and Public Administration*, nr. 1.1/2012, pp. 320-331.

Raportându-ne la profilul pur al creatorului, indiferent ce muză deservește, așa cum îl vede Codul fiscal[16], acesta are un regim fiscal autonomizat datorând impozit pe venit în sistem mixt (venitul brut este determinat prin mecanismele contractului de cesiune, iar cheltuielile deductibile prin cotă forfetară din acest venit) cu consacrarea opțiunii pentru sistemul real. Formal, sunt datorate și obligații către bugetele fondurilor speciale: asigurări sociale de stat și asigurări de sănătate, cu aceleași beneficii ale plafonării acestora la nivelul a douăsprezece salarii minime pe economie și ale opțiunii cu privire la cuantumul bazei de impunere peste acest *de minimis*. Arhipelagul de optimizare prin opțiune în această materie se completează cu dispozițiile de la art. 150 Cod Fiscal, prin care în ipoteză de cumul a acestor venituri cu veniturile salariale ori din pensii, contribuția de asigurări sociale nu mai este datorată.

Mecanismele de colectare disponibile sunt în egală măsură de variate[17], fiind posibilă atât colectarea la sursă, atunci când co-contractantul, beneficiarul dreptului de proprietate intelectuală cedat are obligația de a conduce evidențe contabile, ipoteză în care impozitul colectat este impozit final, cât și colectarea în persoană proprie, în sistem de declarație anticipată și declarație definitivă.

5. Silvanus, „antreprenorul" rural

Anul 2013[18] a adus modificări semnificative ale Codului fiscal în materia impunerii veniturilor din agricultură, silvicultură, piscicultură. Silvanus, „antreprenorul" rural, nu este nici el un zeu unitar. Distingem formule fiscale diferite pentru cele trei ipoteze de impozitare anticipate prin nota marginală: agricultură, silvicultură și piscicultură[19]. Astfel, în privința veniturilor din agricultură, viziunea inițială a Legii nr. 571/2003[20] privind Codul fiscal de impunere a veniturilor din activități agricole doar în ipoteza valorificării acestora[21] este

[16] Art. 70 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal: *Veniturile din valorificarea sub orice formă a drepturilor de proprietate intelectuală provin din drepturi de autor și drepturi conexe dreptului de autor, inclusiv din crearea unor lucrări de artă monumentală, brevete de invenție, desene și modele, mărci și indicații geografice, topografii pentru produse semiconductoare și altele asemenea.*

[17] Art. 72-72[1] din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal

[18] Prin Ordonanța Guvernului nr. 8/2013 publicată în Monitorul Oficial nr. 54 din 23 ianuarie 2013.

[19] C.F. Costaș, „Taxation of Agriculture in Romania", pp. 265-270, în lucrarea M. Burzec, P. Smoleń (ed.), *Essential problems with taxation of agriculture*, Editura Wydawnictwo KUL, Lublin, 2017.

[20] Publicat în Monitorul Oficial nr. 927 din 23 decembrie 2003.

[21] Conform art. 71 din Legea nr. 571/2003 în forma inițială: *Veniturile din activități agricole sunt venituri din următoarele activități: a) cultivarea și valorificarea florilor, legumelor și zarzavaturilor, în sere și solarii special destinate acestor scopuri și/sau în sistem*

înlocuită cu o prezumție absolută de valorificare. Această prezumție este construită printr-un mecanism de impunere bazat pe un sistem forfetar de determinare a bazei impozabile, combinat cu o scutire *ex lege* a anumitor valori ale sursei de venit măsurate în unitate de producție agricolă: hectar cultivat cu anumite plante, număr de animale, număr de stupi etc[22]. Pe de altă parte, veniturile din silvicultură și piscicultură, definite la art. 103 alin. (2) Cod fiscal[23], rămân subsumate ideii de valorificare/exploatare. În consecința acestei viziuni, sistemul de impunere apare și în această materie fragmentat cu alternativă pentru colectarea în sistem real exclusiv pentru veniturile din piscicultură ori silvicultură.

Dincolo de contextul de optimizare fiscală, care pare să fie aplicabil și în această materie prin opțiunea societate cu obiect de activitate agricultură[24] și derularea activității în nume personal, observăm faptul că legiuitorul nu este foarte preocupat de autonomia patrimoniului de afectațiune destinat activităților din agricultură și că, pe cale de consecință, norma fiscală generează un regim semi-profesionalizat pentru acest tip de activitate lucrativă. Acest caracter parțial autonom și profesionist este confirmat și de faptul că acest tip de venituri nu este bază impozabilă pentru contribuția de asigurări sociale de stat și este condiționat bază pentru asigurări sociale de sănătate, sub rezerva depășirii volumului de venituri indicat de art. 170 alin. (1) Cod fiscal – douăsprezece salarii minime brute/anual[25]. O simplă analiză cantitativă ne permite să conchidem că

irigat; b) cultivarea și valorificarea arbuștilor, plantelor decorative și ciupercilor; c) exploatarea pepinierelor viticole și pomicole și altele asemenea; d) valorificarea produselor agricole obținute după recoltare, în stare naturală, de pe terenurile agricole proprietate privată sau luate în arendă, către unități specializate pentru colectare, unități de procesare industrială sau către alte unități, pentru utilizare ca atare, începând cu data de 1 ianuarie 2008. Conform art. 71 în forma modificată prin O.G. nr. 8/2013: *(1) Veniturile din activități agricole cuprind veniturile obținute, individual sau într-o formă de asociere, din: a) cultivarea produselor agricole vegetale; b) exploatarea pepinierelor viticole, pomicole și altele asemenea; c) creșterea și exploatarea animalelor, inclusiv din valorificarea produselor de origine animală, în stare naturală.* Această formulă a fost preluată în Legea nr. 227/2015 art. 103.

[22] Conform art. 105 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, care instituie veniturile neimpozabile în materie.

[23] Veniturile din silvicultură și piscicultură reprezintă veniturile obținute din recoltarea și valorificarea produselor specifice fondului forestier național, respectiv a produselor lemnoase și nelemnoase, precum și cele obținute din exploatarea amenajărilor piscicole.

[24] Grupa generică din Clasificația Activităților din Economia Națională 01 - Agricultură, vânătoare și servicii anexe.

[25] Pentru anul 2021, plafonul se situează la nivelul de 27.600 lei, ceea ce s-ar materializa raportat la norma de venit aplicabilă la nivelul județului Iași la venitul din cultivarea cu produse vegetale din 111,2 hectare de cereale.

acest tip de venit este sub-fiscalizat, norma de venit fiind extrem de redusă și generând obligații fiscale în cuantumuri tolerabile, ce par mai mult un exercițiu pentru contribuabil, decât o povară fiscală reală.

6. Iunona Moneta sau despre „proto-investitori"

Pe măsură ce avansăm în analiza impunerii persoanei fizice, se confirmă ipoteza mozaicului de venituri impozabile și modalități de colectare. Sub protecția Iunonei, în ipostaza de Iunona Moneta, persoana fizică este susceptibilă de a realiza venituri sub formă de investiții. Deși denumirea aleasă de Codul fiscal este destul de criptică și dublată de o enumerare limitativă a materiilor destinația a acestor investiții[26], apreciem că această parte a analizei noastre are o însemnătate deosebită raportat la ipoteza de lucru și anume a dimensiunii primordiale a inițiativei persoanei fizice în motilitatea patrimoniilor și realizarea de venituri. Rezultă nu numai confirmarea forței vitale *sine qua non* a inițiativei lucrative a individului, la care făceam referire în argumentul la prezentul studiu, dar mai ales însemnătatea acestei forțe în conturarea veniturilor persoanelor juridice. Venitul din dividende și corolarul său veniturile din lichidarea persoanei juridice, dincolo de unele dimensiuni susceptibile de a fi calificate drept optimizare prin manipulare, atunci când contribuabilul alege să obțină veniturile prin intermediul unei societăți, de regulă o societate cu răspundere limitată cu asociat unic, sunt expresia acestei forțe primordiale generatoare de resurse. În aceeași linie, mobilizarea capitalului individual în investiții de grup o vedem valorificată și sub forma venitului din transferul titlurilor de valoare și orice alte operațiuni cu instrumente financiare, inclusiv instrumente financiare derivate.

Alte forme ale venitului din investiții, cum ar fi dobânzile, au o dinamică investițională diminuată, lipsindu-le caracterul speculativ, la limită aleatoriu al tranzacției generatoare de eventuale venituri.

Coroborat cu dependența de existența unei persoane juridice, impunerea în acest context cunoaște grade diferite de profesionalizare; legiuitorul optează pentru reținerea la sursă, impozitul fiind final acolo unde acest lucru este posibil. În ipoteze profesionalizate, și anume câștigul net anual impozabil din transferul titlurilor de valoare, din orice alte operațiuni cu instrumente financiare, inclusiv instrumente financiare derivate, precum și din transferul aurului de investiții, opțiunea de colectare merge către impunerea anuală a venitului.

[26] Conform art. 91 din Codul fiscal, venitul din investiții cuprinde: a) venituri din dividende; b) venituri din dobânzi; c) câștiguri din transferul titlurilor de valoare și orice alte operațiuni cu instrumente financiare, inclusiv instrumente financiare derivate; d) câștiguri din transferul aurului de investiții, definit potrivit legii; e) venituri din lichidarea unei persoane juridice.

Un comentariu punctual privind metamorfozele contemporane ale Iunonei Moneta vizează veniturile din transferul de monedă virtuală, care în contextul enumerării limitative a articolului 91 din Codul fiscal rămâne acoperit de dispozițiile generice ale articolului 114 Cod fiscal – venitul din alte surse, care are caracter enumerativ.

Raportat la sarcina fiscală aplicabilă investitorilor primordiali, notăm opțiunea legiuitorului de a colecta din aceste venituri doar impozit pe venit și contribuția de asigurări sociale de sănătate acolo unde venitul depășește plafonul legal indicat de art. 170 alin. (1) Cod fiscal – douăsprezece salarii minime brute/anual.

7. Sub semnul lui Opis – cornul abundenței

Opis, zeiță șezândă, ținând cornul abundenței generos revărsat peste muritori este incontestabil compatibilă cu a fi protectoarea veniturilor din cedarea folosinței bunurilor. Codul fiscal definește aceste venituri prin dispozițiile art. 83, veniturile impozabile în această ipoteză fiind: *veniturile, în bani și/sau în natură, provenind din cedarea folosinței bunurilor mobile și imobile, obținute de către proprietar, uzufructuar sau alt deținător legal, altele decât veniturile din activități independente*. Delimitarea de profilul lucrativ de la activități independente, linia de demarcație dintre teritoriul lui Opis și al lui Mercur este principial caracterul profesional al veniturilor, pe care normativul fiscal alege să le determine volumic prin numărul de contracte încheiate, când în ipoteza închirierii de camere în scop turistic, depășirea unui număr de cinci locațiuni duce la calificarea venitului ca venit din activități independente, impus în sistem real și renunțarea la impunerea conform normelor de venit.

Observăm raportat la constructul fiscal în scenariul standard o combinare a soluțiilor clasice de impunere și anume: consacrarea unui sistem de impunere mixt (veniturile sunt determinate contractual, iar volumul de cheltuieli deductibile este determinat procentual la 40% din venitul brut), posibilitatea de a valorifica opțional un generalizat sistem de impunere real, așezarea impozitului pe venit și a contribuției de asigurări sociale de sănătate la depășirea plafonului prevăzut de art. 170 alin. (1) Cod fiscal.

Subliniem pentru această ipoteză caracterul extrem de versatil al soluțiilor fiscale, cu o rezervă privind eficiența acestora în combaterea fenomenului de evaziune fiscală, de vreme ce mobilitatea patrimoniului asigurată prin contracte consensuale este un teren propice omisiunii de a declara aceste venituri. În linia aceasta de determinare a ilicitului fiscal cu relevanță penală având ca sursă aceste venituri optăm pentru o încadrare prudentă a omisiunii de a înregistra contractul de locațiune drept *ascundere a bazei impozabile ori taxabile*, în sensul art. 9 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 241/2005 privind evaziunea fiscală și anume atunci când se verifică ipoteza scop a normei de incriminare.

Opis ar putea incontestabil cuprinde simbolic și dimensiunea de venituri din transferul proprietății imobiliare din patrimoniul personal, reglementate conform art. 111 Cod fiscal. Impozitul vizează veniturile din transferul dreptului de proprietate și a dezmembrămintelor acestuia, fapt pentru care devine relevant contextul de drept civil de constituire a unor drepturi reale sau constructe contractuale, ce ar face diferența dintre impunerea venitului generat de un uzufruct și impunerea venitului dintr-o locațiune. Astfel, venitul din drepturi reale se impune la depășirea plafonului de 450.000 lei, cu un impozit final de 3%, determinat prin reținere la sursă spre deosebire de venitul din locațiune, impus cu 10% din venitul contractual diminuat cu procentul de 40% de cheltuieli deductibile, colectat în sistem declarativ în persoana proprie.

8. Legalitate vs. echitate

Inventarul Panteonului fiscal ne relevă un amplu spectru de opțiuni, ceea ce este extrem de ofertant. Dispozițiile din capitolul final al titlului privind impunerea persoanei fizice, sub denumirea *Venitul net anual impozabil*, creează chiar aparența unui supra-context de valorificare unitară a acestor opțiuni. Constructul normativ în viziunea art. 118 alin. (1)- (3) Cod fiscal alege să impună individual fiecare din aceste forme de venit, fără consolidare. Venitul impozabil/pierderea fiscală[27] se determină pe fiecare sursă de venit și, eventual, se reportează în interiorul acesteia. Această soluție de a trata autonom fiecare chip al lui Ianus este departe de a confirma principiul echității și lipsește contribuabil de atât de necesara protecție a Hestiei. Observăm cu îngrijorare că formula normativă aleasă de legiuitorul român este constant fragmentară și ignoră modele consacrate de impunere a „căminului fiscal"[28]. Un impozit realmente anual depinde de această valorificare a conceptului de cămin fiscal, unde „venitul impozabil corespunde venitului global net și anual al căminului fiscal"[29]. Impunerea persoanei fizice ca să răspundă exigenței de echitate este condiționată de renunțarea la actuala abordare fragmentată (care adesea poate fi și străină de raportul juridic generator al impunerii, cum ar fi cazul veniturilor agricole, din cedarea folosinței bunurilor, din transferul proprietății imobiliare generate de bunuri exploatate de soții cu regim matrimonial de comunitate

[27] Art. 118 alin. (4) Cod fiscal: (4) Pierderea fiscală anuală înregistrată pe fiecare sursă din activități independente, din drepturi de proprietate intelectuală, din cedarea folosinței bunurilor și din activități agricole, silvicultură și piscicultură, determinată în sistem real, se reportează și se compensează de către contribuabil cu venituri obținute din aceeași sursă de venit din următorii 7 ani fiscali consecutivi.

[28] Pentru detalii, a se vedea: P. Serlooten, *JurisClasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 61: Impôt sur le revenu. – Généralités. – Introduction*, LexisNexis, 2008.

[29] *Ibidem „Le revenu imposable correspond au revenu global net et annuel du foyer fiscal* (Text original).

legală[30]) şi de situarea sub un sistem de valorificare a cheltuielilor deductibile atât la nivelul sursei, cât şi la nivelul venitului anual (cu recunoaşterea relevanţei fiscale a unor cheltuieli deductibile în toate ipotezele impunerii şi nu limitat doar la unele din acestea, e.g. existenţa unei deduceri personale luând în considerare numărul de persoane aflate în întreţinere doar la impozitul pe venitul din salarii). Apreciem ca fiind la fel de inechitabilă şi străină de valenţele reale ale administrării unui patrimoniu şi soluţia fiscală a recunoaşterii pierderilor fiscale raportat exclusiv la dinamica patrimoniului de afectaţiune, de vreme ce în ipoteze practice datoriile profesionale sunt executate din resursele patrimoniului în ansamblul său.

În mod inconsecvent, mai observăm faptul că în materia contribuţiilor sociale politica fiscală de abordare secvenţială a venitului este abandonată şi că aici baza impozabilă este determinată raportat la cumularea veniturilor din diverse surse, inclusiv la calculul plafonului *de minimis* pentru exigibilitatea contribuţiilor.

Nu în ultimul rând, fără a asigura în acest context o analiză punctuală, amintim faptul că, sub rezerva îndeplinirii condiţiilor de la art. 269 alin. (1) Cod fiscal, contribuabilul persoană fizică are aptitudinea de a deveni persoană impozabilă în materie TVA, acolo unde se verifică condiţia activităţii independente. Nu vom pune acum în discuţie aspecte privind optimizarea prin opţiune raportat la oportunitatea de a aplica regimul normal de taxare ori regimul de scutire aplicabil întreprinderilor mici, ci vom arăta doar că în această materie veniturile sunt de asemenea tratate cumulat[31].

[30] Criticăm efectul nivelator al dispoziţiilor art. 124 Cod fiscal: *Venituri din bunuri sau drepturi care sunt deţinute în comun: Venitul net obţinut din exploatarea bunurilor şi drepturilor de orice fel, deţinute în comun, este considerat ca fiind obţinut de proprietari, uzufructuari sau de alţi deţinători legali, înscrişi într-un document oficial, şi se atribuie proporţional cu cotele-părţi pe care aceştia le deţin în acea proprietate sau în mod egal, în situaţia în care acestea nu se cunosc.*

[31] Pentru detalii, a se vedea: C.F. Costaş, „Despre o clarificare necesară a serviciilor prestate în cadrul activităţii profesionale obişnuite, ca urmare a Hotărârii Curţii de Justiţie în Cauza C-716/18, Bufan", nr. 5/2020 Cluj Tax Forum Journal, p. 52 şi urm.; Pentru exemplificare, arătăm următorul extras din Hotărârea Curţii: pct. 21: *Pentru a stabili dacă cifra de afaceri anuală a reclamantului din litigiul principal depăşise acest plafon de referinţă în anul 2012, AJFP Caraş-Severin a luat în considerare veniturile obţinute de acesta nu numai din exercitarea diferitelor sale profesii liberale şi din drepturile sale de autor, ci şi din închirierea imobilului menţionat. Calculul efectuat de această autoritate nu includea nici veniturile salariale obţinute de persoana interesată în calitate de cadru didactic universitar, nici pe cele obţinute din activitatea de avocat, aceste din urmă venituri fiind deja supuse TVA-ului în cadrul societăţii civile profesionale de avocaţi la care era asociat.*

9. În loc de concluzii

În fața unui inventar atât de amplu de soluții fiscale și cu rezerva de a nu fi epuizat dispozițiile din Codul fiscal român privind impunerea persoanei fizice, putem afirma incontestabil o serie de concluzii.

Opțiunea legiuitorului român este fragmentară și ar suporta inclusiv o serie de critici privind eficiența. Arhipelagul de soluții fiscale disponibile este pe atât de ofertant, pe cât de labil, iar optimizarea prin opțiune riscă în anumite ipoteze să se confunde cu abuzul de drept. Astfel, deși raportat formal la principiul legalității, acest ansamblu de formule juridice este minuțios reglementat, pe caz concret, sub auspiciile invocate de art. 4 din Codul de procedură fiscală, creanța fiscală determinată de oricare dintre părțile raportului juridic fiscal riscă să se situeze într-o arie ilicită.

În al doilea rând, multitudinea de soluții fiscale propuse, justificate de eficiența colectării și salvgardarea opțiunii contribuabilului poate conduce la semnificative diferențe între obligațiile fiscale determinate în ipoteze echivalente în logica gestiunii patrimoniului persoanei fizice. Pentru acest considerent, rezultă incontestabil că soluția fiscală mozaicată propusă de actuala reglementare nu trece testul echității.

Referințe

Cernușca L., „Contribuția de asigurări sociale datorată de persoanele fizice care obțin venituri din activități independente" în *CECCAR Business Review*, nr. 7/2021, pp. 35-43.

Codrea C., „The externality of law. Kelsen, Kant and Nietzsche in a hermeneutic circle" în *Journal of Romanian Literary Studies*, nr. 23/2020, pp. 369-374

Codrea C., „The Perils of a Legal Mind", în *The Proceedings of the International Conference Communication, Context, Interdisciplinarity*, vol. 6/2020, pp. 164-170

Costaș C.F., „Despre o clarificare necesară a serviciilor prestate în cadrul activității profesionale obișnuite, ca urmare a Hotărârii Curții de Justiție în Cauza C-716/18, Bufan", nr. 5/2020 Cluj Tax Forum Journal, pp. 52-58

Costaș C.F., „Taxation of Agriculture in Romania", pp. 265-270, în lucrarea M. Burzec, P. Smoleń (ed.), *Essential problems with taxation of agriculture*, Editura Wydawnictwo KUL, Lublin, 2017

Costea I.M., „Labour Taxation: Formal And Informal Solutions" în *Perspectives of Law and Public Administration*, nr. 1.1/2012, pp. 320-331

Costea I.M., „Premisele bugetare ale autonomiei locale și ale descentralizării", în *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, nr. 66.1/2020, pp. 325-342

Costea I.M., *Complementaritate și subsidiaritate în combaterea evaziunii fiscale*, Editura Hamangiu, 2018 (teză de doctorat), publicată în forma parțială ca și

Costea I.M., Ilucă D.M., „Din nou despre activitățile (in)dependente", în *Tax Magazine*, nr. 5/2015, pp. 213-228

Costea I.M., *Legea evaziunii fiscale, comentată și adnotată*, Editura Hamangiu, 2018.

Doroga S., „Principii de bază ale fiscalității - Considerații generale", în *Analele Universității de Vest din Timișoara-Seria Drept*, nr. 2/2015, pp. 111-128

Serlooten P., *JurisClasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 61: Impôt sur le revenu. – Généralités. – Introduction*, LexisNexis, 2008

Toma E., „Echitatea fiscală: un principiu în declin?", în *Studia Universitatis Vasile Goldiş, Arad-Seria Ştiinţe Economice*, nr. 19.3/2009, pp. 33-42

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-12

Legalitatea și legitimitatea folosirii forței în dreptul internațional

The Use of Force in International Law between Legality and Legitimacy

CARMEN MOLDOVAN[1]

Rezumat: Interzicerea folosirii forţei armate în dreptul internaţional generează cele mai multe dezbateri deoarece constituie unul dintre principiile fundamentale, piatra de temelie a ordinii juridice internaţionale actuale dar şi una dintre cele mai controversate probleme ale dreptului internaţional. Plasarea folosirii forţei armate în sfera ilicitului pare a fi clară, având în vedere dispoziţiile articolului 2 paragraf 4 din Carta Naţiunilor Unite. În schimb, conceptele de legalitate şi legitimitate cu privire la recurgerea la forţă sunt adeseori flexibile şi ambigue, ceea ce poate determina folosirea lor în mod abuziv. Scopul prezentei lucrări este de a analiza diferite ipostaze în care recurgerea la forţa armată este permisă, explorând aspectele teoretice şi controversele generate de limitele aplicării în practică a articolelor 51 şi 42 din Carta Naţiunilor Unite, singurele dispoziţii care permit folosirea forţei, cu îndeplinirea unor condiţii restrictive.

Cuvinte-cheie: Organizaţia Naţiunilor Unite, legitimă apărare, principii, responsabilitatea de a proteja

Abstract: Prohibition of the use of armed force causes most debates in International Law because it is one of the basic principles, the cornerstone of the current international legal order but also one of the most controversial issues of International Law. Considering the provisions of Article 2 paragraph 4 of the Charter of the United Nations, the qualification of the use of armed force as a wrongful act seems clear. In contrast, the concepts of legality and legitimacy regarding the use of force are often flexible and ambiguous which can lead to discretionary use. The aim of this paper is to analyse different situations in which the use of force is allowed, exploring the theoretical and controversial aspects generated by limiting the practical applications of Articles 51 and 42 of the Charter of the United Nations, the only provisions that allow the use of force if restrictive requirements are met.

Keywords: United Nations, self-defense, principles, responsibility to protect

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan” Cuza din Iaşi, email: carmen.moldovan@uaic.ro

Il est plus facile de légaliser certaines choses que de les que de les légitimer (Sébastien-Roch Nicolas de Chamfort, 1795, Maximes et pensées)

Introducere

Alegerea unei teme centrate pe conceptele de legalitate și legitimitate permite explorarea legăturilor dintre acestea în dreptul internațional, aplicate cu referire la principiul nerecurgerii la forță, cel mai important principiu fundamental al dreptului internațional public dar și cel mai controversat, din perspectiva invocării excepțiilor de la acesta. O analiză a unor situații din practica statelor în care principiul a fost invocat sau folosit pentru a justifica anumite acțiuni sau lipsa acestora relevă existența unor situații în care legalitatea este lipsită de legitimitate, precum și situația inversă, în care legitimitatea este lipsită de legalitate. Din această perspectivă, una dintre cele mai importante întrebări ce pot apărea în legătură cu cele două concepte este dacă relația dintre legalitate și legitimitate este una circulară sau dacă relația dintre cele două concepte este asimetrică, determinată de variația relației dintre ele, în situații concrete din practica statelor și a Națiunilor Unite.

Legalitatea în dreptul internațional poate fi văzută ca o caracteristică a normelor, ce stabilesc ceea ce este permis și ceea ce este inclus în sfera ilicitului, în cazul în care nu este respectat conținutul normativ. Identificarea conduitei legale poate fi realizată relativ facil, prin raportare la conținutul normelor, însă poate fi criticată atunci când nu satisface necesitatea de a rezolva situații grave sau urgente, în sensul că nu prevede anumite conduite sau posibilități de acțiune[2]. Legitimitatea, pe de altă parte, este o noțiunea ambiguă, evazivă[3], dar mai flexibilă, aflată la frontiera dintre moralitate și drept; poate fi descrisă ca ceea ce este acceptabil din punct de vedere moral.

În mod ideal, legalitatea este însoțită de legitimitate și invers. Însă, în situația în care aplicarea unei norme servește doar scopurilor sale, rezultat al unei interpretări restrictive a domeniului său, se conturează ideea unei lipse de legitimitate, deși măsurile adoptate sunt prevăzute și permise de normele

[2] V. Popovski, N. Turner, *Legality and Legitimacy in International Order*, United Nations University Press, disponibil la adresa: https://www.files.ethz.ch/isn/89752/PB_08-05.pdf (accesată la 25 noiembrie 2021).

[3] J.d`Aspremont, E. De Brabandere, *The Complementary Faces of Legitimacy in International Law: The Legitimacy of Origin and the Legitimacy of Exrecise*, Fordham International Law Journal, Volume 34, Issue 2, 2011, pp. 188-235, disponibil la adresa: https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss2/3 (accesată la 20 octombrie 2021).

juridice[4]. Totodată, nu este exclus ca norme fundamentale ale dreptului internațional, cum este interdicția torturii[5], să fie subminate sau încălcate prin invocarea unor argumente care se fundamentează pe aplicarea normelor legale. În acest caz pot fi aduse în discuție practicile din timpul Administrației Bush cu privire la mandatele pentru justificarea actelor de tortură (*torture warrants*)[6], emise în urma unor proceduri administrative și cvasi-judiciare sau folosirea noțiunii „combatanți inamici ilegali"[7], în scopul facilitării detenției suspecților de terorism[8].

Legitimitatea, ce poate fi analizată din mai multe perspective, inclusiv juridică, poate determina consolidarea legalității și are nevoie de aceasta în aceeași măsură în care legalitatea are nevoie de legitimitate. Ambele sunt de natură să contribuie la autoritatea dreptului internațional[9]. Însă, în situații concrete, ceea ce este legal poate fi lipsit de legitimitate. Cu titlu de exemplu poate fi menționate pentru această situație impunerea de sancțiuni de către Consiliul de Securitate – prevăzută și permisă de Carta Națiunilor Unite[10] – dar care produce consecințe negative asupra populației, o astfel de situație fiind intens criticată pentru lipsa de legitimitate. Pe de altă parte, legitimitatea regulilor de drept internațional poate fi subminată de inabilitatea structurală a

[4] M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis,* The European Journal of International Law Volume 15 no. 5, 2004, pp. 907-931, http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chh503.

[5] Interdicția torturii face parte din categoria *jus cogens,* potrivit calificării date de Comisia de Drept Internațional, precum și de interpretările unor instanțe internaționale precum Tribunalul penal pentru fost Iugoslavie, Curtea Europeană a Drepturilor Omului în cauza Al-Adsani c. Regatului Unit al Marii Britanii, în C. Moldovan, *Drept internațional public. Principii și instituții fundamentale*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 50-51.

[6] A. M. Dershowitz, *The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss,* New York Law School Law Review, Volume 48, 2004, pp. 275-294, disponibil la adresa:

https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=nyls_law_review (accesată la 20 octombrie 2021).

[7] I. Detter, *The Law of War and Illegal Combatants,* The George Washington Law Review, Volume 75, 2007, pp.1049-1104,

https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/ingrid_detter.pdf (accesată la 25 noiembrie 2021); J. T. Parry, *Torture Warrants and the Rule of War*, Albany Law Review Volume 71, No. 3, 2008, pp. 885-906.

[8] J. T. Parry, *The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees Commentary*, Melbourne Journal of International Law, Volume 6, 2005, pp. 516-533.

[9] N. Roughan, *Mind the Gaps: Authority and Legality in International Law*, în The European Journal of International Law Vol. 27 no. 2EJIL (2016), Vol. 27 No. 2, 329–351, http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chw021.

[10] Capitolul VII din Carta Națiunilor Unite prevede cazurile în care Consiliul de Securitate poate dispune luarea de măsuri în caz de amenințări împotriva păcii, încălcări ale păcii și acte de agresiune.

acestora de a răspunde unor probleme sau situații urgente cu consecințe profund negative și de amploare, cum sunt crizele umanitare.

Atunci când regulile sunt considerate limitate, depășite sau că produc efecte dăunătoare indivizilor, legitimitatea poate fi văzută ca o forță coercitivă, invocată pentru realizarea justiției globale[11], respectarea demnității umane ori pentru a asigura protecție în cazuri urgente sau situații de criză. În situația în care regulile existente la un moment dat nu răspund în mod efectiv unor nevoi sociale globale, în special celor care implică urgențe umanitare, iar în această situație legitimitatea are ca scop să sprijine și dacă este necesar, să corecteze legalitatea.

În dreptul internațional există un vid de reglementare ce se constituie într-un impediment pentru intervenția comunității internaționale pentru a salva un grup mare de persoane aflate în situație de risc sau pentru a preveni producerea unor consecințe deosebit de grave, însă acest vid poate fi acoperit prin folosirea mecanismelor deja existente și prin susținerea punerii în aplicare a intervenției umanitare și responsabilității de a proteja, concepții conturate și susținute de unele state pentru a preveni exact situațiile negative menționate anterior.

O analiză a noțiunilor de legalitate și legitimitate cu referire la principiul nerecurgerii la forță relevă atât ipostaze în care se remarcă punerea în aplicare a principiului legalității și lipsa legitimității, precum și ipostaze în care situația este contrară – lipsește legalitatea dar legitimitatea impune adoptarea și punerea în practică a unor măsuri. Totodată, legalitatea poate fi pusă sub semnul întrebării atunci când situațiile urgente necesită acțiuni sau reacții pe care pe care dreptul existent nu le prevede – în cazul în care măsurile sunt considerate ca legitime dar sunt neautorizate sau nepermise.

1. Consacrarea principiului nerecurgerii la forță

Principiul nerecurgerii la forță sau la amenințarea cu folosirea forței agresiunii este esențial pentru ordinea juridică internațională actuală, fiind rezultatul evoluției relațiilor interstatale și a concepțiilor cu privire la legitimitatea și legalitatea modalităților de soluționare a diferendelor dintre state. Ce a determinat excluderea războiului dintre modalitățile admise de interacțiune între state.

Consacrarea expresă a interdicției agresiunii este strâns legată de perioada interbelică. Pactul Ligii Națiunilor[12] a consacrat principiul nerecurgerii la forță sau la amenințarea cu forța, care a determinat o limitare a statelor în a porni războaie (*ius ad bellum*) şi a folosi această metodă în mod legitim pentru rezolvarea neînțelegerilor dintre ele. Acesta a fost urmat Pactul Briand-Kellogg, adoptat în

[11] V. Popovski, N. Turner, *op. cit.*

[12] League of Nations, *Covenant of the League of Nations*, 28 April 1919, disponibil la adresa: https://www.refworld.org/docid/3dd8b9854.html (accesată la 20 octombrie 2021).

1928[13], care a stabilit interdicția războiului de agresiune. Cu toate că ambele instrumente internaționale s-au dovedit a fi lipsite de eficiență, din cauza izbucnirii celui de al Doilea Război Mondial, continuă să reprezinte un reper semnificativ în elaborarea principiului fundamental analizat în prezent.

Carta Națiunilor Unite prevede acest principiu, în scopul atingerii păcii de către state, în cuprinsul articolului 2 parag. 4, potrivit căruia:

„*Toți Membrii Organizației se vor abține, în relațiile lor internaționale, de a recurge la amenințarea cu forța sau la folosirea ei fie împotriva integrității teritoriale ori independenței politice a vreunui stat, fie în orice alt mod incompatibil cu scopurile Națiunilor Unite*".

În strânsă conexiune cu principiul nerecurgerii la forță (precum și cu alte principii fundamentale) este principiul neintervenției în afacerile interne ale unui stat, prevăzută de dispozițiile articolului 2 parag. 7 al Cartei Națiunilor Unite, ce protejează domeniul de competențe interne[14] a statelor:

„*Nicio dispoziție din prezenta Cartă nu va autoriza Națiunile Unite să intervină în chestiuni care aparțin esențial competenței interne a unui Stat și nici nu va obliga pe Membrii săi să supună asemenea chestiuni spre rezolvare pe baza prevederilor prezentei Carte; acest principiu nu va aduce însă întru nimic atingere aplicării măsurilor de constrângere prevăzute în Capitolul VII*".

Dispoziția menționată cuprinde mai multe componente ale principiului[15] și face trimitere directă la posibilitatea recunoscută Consiliului de Securitate de a lua măsuri care implică folosirea forței, în baza Capitolului VII din Carta ONU, în cazul amenințărilor aduse păcii şi securității internaționale ori al actelor de agresiune. Noțiunea „amenințare împotriva păcii" nu este definită, astfel încât posibilitatea aplicării dispozițiilor care legitimează folosirea forței armate trebuie analizată în fiecare caz concret.

Adunarea Generală a Națiunilor Unite a adoptat, în 1965, Rezoluția nr. 2131 (XX), cuprinzând *Declarația cu privire la inadmisibilitatea intervenției în afacerile interne ale statelor și protejarea independenței și suveranității lor*[16], adoptată în contextul decolonizării, ce conține o serie de obligații în sarcina statelor pentru

[13] *Pactul general de renunțare la război* este cunoscut sub această denumire, pornind de la numele ministrului afacerilor externe al Franței (Aristide Briand) și cel al secretarului de stat al Statelor Unite ale Americii (Frank Kellogg).

[14] C. Moldovan, *op. cit.*, 2019, pp. 127-129.

[15] A. Cassese, *Public International Law,* Oxford University Press, 2005, p. 53.

[16] General Assembly Resolution 2131 (XX), *Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty*, New York, 21 December 1965, *https://www.refworld.org/docid/3b00f05b22.html* (accesată la 26 noiembrie 2021); E. Mcwhinney, *Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty. General Assembly resolution 2131 (XX), New York, 21 December 1965*, disponibilă la adresa: https://legal.un.org/avl/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx.html (accesată la 26 noiembrie 2021).

realizarea principiului neintervenției. Curtea Internațională de Justiție a făcut referire la Rezoluția nr. 2131 (XX) în cauza *Activități militare și paramilitare în Nicaragua*[17], când a analizat sprijinul activ militar, logistic și de altă natură dat de Statele Unite ale Americii grupării de rebeli *Contras*, pe teritoriul statului Nicaragua, precum și alte acțiuni, incluzând minarea apelor portuare și de coastă[18].

2. Consacrarea legitimei apărări ca situație în care este permisă folosirea forței

Conținutul principiului interzicerii forței și natura întinderii obligației negative a statelor (dacă are caracter absolut sau relativ) sunt controversate, nefiind un punct de vedere unitar în ceea ce privește aspecte importante ale folosirii forței. Nici Carta Națiunilor Unite și nici jurisprudența internațională[19] nu au lămurit până în prezent dacă este permisă folosirea forței care nu pune în pericol integritatea teritorială sau independența politică a unui stat, dacă are ca scop promovarea democrației și promovarea dreptului la autodeterminare sau salvarea propriilor cetățeni. Justificarea folosirii forței pentru salvarea propriilor cetățeni a fost invocată în trecut de către Israel și Statele Unite ale Americii[20].

Principala excepție de la interdicția folosirii forței este reprezentată de exercitarea dreptului la legitimă apărare, în temeiul articolului 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 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, în privința domeniului său de aplicare și a includerii mai multor forme (pe lângă forma tipică prevăzută în mod direct de

[17] ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Reports 1986, p. 107, parag. 203.

[18] „Principiul neintervenției presupune dreptul fiecărui stat suveran de a și organiza afacerile sale interne fără ingerințe exterioare; deși exemplele de încălcare a acestui principiu nu sunt rare, Curtea consideră că acesta este parte a dreptului internațional cutumiar (...). Dreptul internațional impune ca integritatea politică (...) să fie respectată".

[19] Curtea Internațională de Justiție nu a furnizat în mod clar o interpretare restrictivă a conținutului regulii interdicției de folosire a forței.

[20] 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. Israel a folosit forța în anul 1976 pentru salvarea propriilor cetățeni dintr-un avion deturnat în Uganda; Statele Unite au desfășurat o operațiune în Grenada, în 1983.

articolul 51, se pune problema dacă este garantat și un drept la legitimă apărare anticipată și preventivă), există controverse care au fost accentuate după atacurile teroriste de la 11 septembrie 2001 de pe teritoriul Statelor Unite ale Americii și se intensifică în contextul actual al luptei statelor contra terorismului.

Analiza întinderii dreptului la legitimă apărare, are ca punct de pornire noțiunile „drept inerent", „legitimă apărare" și „atac armat", nedefinite de dispozițiile Cartei, astfel că se poate afirma că statul care se consideră victimă a unui atac armat și recurge la folosirea forței armate face propria determinare a posibilității exercitării acestuia, în baza tuturor circumstanțelor, nefiind instituită o autoritate care să poată contesta această determinare[21].

Din perspectiva aplicării regulilor de interpretare a unui tratat internațional, dezbaterea cu privire la domeniul de aplicare al articolului 51 din Carta Națiunilor Unite este concentrată pe a determina dacă acesta reprezintă o declarație exhaustivă a dreptului la exercitarea legitimei apărări sau dacă există o regulă cutumiară în acest sens care depășește dreptul statului de a răspunde unui atac armat[22].

În sprijinul interpretării existenței unei reguli de drept internațional cutumiar cu privire la legitima apărare sunt aduse, în principal, următoarele argumente: expresia „*drept inerent (de autoapărare)*" din articolul 51 al Cartei Națiunilor Unite are semnificația consemnării în formă scrisă a unei reguli cutumiare; regula cutumiară a dreptului la legitimă apărare are un domeniu de aplicare mai extins față de cea menționată în Cartă și permite sau autorizează acțiunile de autoapărare şi în alte scopuri, nu doar ca răspuns la un atac armat. Această interpretare poate fi utilă în susținerea existenței unui drept la legitimă apărare anticipată și dreptul de a salva propriii cetățeni aflați în afara granițelor[23].

În sprijinul interpretării restrictive a dreptului la legitimă apărare, se menționează că o interpretare extensivă lipsește articolul 51 din Cartă de orice scop, deoarece din formularea acestui text 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 Carta Națiunilor Unite. Un alt argument pentru această interpretare este dat de faptul că legitima apărare reprezintă o

[21] 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., 2002, p. 149, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041117465_01>

[22] C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 628.

[23] *Ibidem.*

excepție de la principiul interdicției folosirii forței armate, astfel că ar trebui interpretată în mod restrictiv[24].

3. Aplicarea exigențelor principiului nerecurgerii la forță

3.1. Autorizarea folosirii forței

Condiția implicării statului în derularea atacului împotriva unui alt stat a fost pusă în discuție şi atenuată în cazul atacurilor teroriste de la 11 septembrie 2001 împotriva Statelor Unite ale Americii şi indirect s-a produs extinderea noțiunii de atac armat și în privința atacurilor provenite de la organizații teroriste, fără implicarea sau sprijinul vreunui stat.

Rezoluțiile nr. 1368 din 12 septembrie 2001[25] și nr. 1373 din 28 septembrie 2001[26] adoptate de Consiliul de Securitate al Națiunilor Unite imediat după aceste evenimente 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. În cuprinsul Rezoluției nr. 1373 din 28 septembrie 2001, Consiliul de Securitate a mers mai departe, reafirmând în preambul principiul potrivit căruia statelor le revine „*obligația de a se abține de la organizarea, instigarea, sprijinirea sau participarea la acte teroriste în alt stat ori de la acceptarea activităților organizate pe teritoriul său și îndreptate spre comiterea unor astfel de acte*”[27].

În cuprinsul acestei rezoluții, Consiliul de Securitate a decis că toate statele ar trebui să prevină şi să înlăture finanțarea terorismului, precum și să incrimineze furnizarea intenționată sau colectarea de fonduri pentru astfel de acte[28]. De asemenea, Rezoluția prevede că fondurile, activele financiare şi 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, de asemenea, înghețate fără întârziere[29], impunându-se şi alte măsuri efective ce trebuia adoptate de către state, în scopul prevenirii şi combaterii actelor teroriste. De asemenea, Consiliul de Securitate a menționat că actele, metodele şi practicile terorismului sunt contrare scopurilor şi principiilor

[24] 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.

[25] Security Council, *Resolution 1368/2001*, 12 September 2001, S/RES/1368 (2001), https://undocs.org/S/RES/1368 (2001) (accesată la 20 noiembrie 2021).

[26] Security Council, *Resolution 1373/2001,* 28 September 2001, S/RES/1373 (2001), https://undocs.org/S/RES/1373 (2001) (accesată la la 20 noiembrie 2001).

[27] Preambulul Rezoluției nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

[28] Pct. 1 lit. (a) și (b) din Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

[29] Pct. 1 lit. (c) din Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

Organizației Națiunilor Unite şi că finanțarea cu bună știință, planificarea şi instigarea la comiterea de acte teroriste sunt, de asemenea, contrare scopurilor şi principiilor Națiunilor Unite[30].

Prin modul de formulare a textului Rezoluției nr. 1373 din 28 septembrie 2001 şi prin prevederea unor obligații pentru state în privința actelor de terorism şi trimiterea 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 neaflați sub controlul şi autoritatea unui stat, şi care nu au fost calificate ca atacuri armate, ci ca amenințare contra păcii şi securității internaționale, ipoteză în care Consiliul de Securitate poate autoriza folosirea forței armate, în temeiul dispozițiilor Capitolului VII din Carta Națiunilor Unite.

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 cauzat modificarea practicii statelor, ca element al cutumei internaționale, și a fost formulată chiar ideea apariției unei reguli cutumiare noi, spontane[31] în materie exercitării dreptului la autoapărare și a domeniului principiului nerecurgerii la forță .

În același timp cu măsurile dispuse de către Consiliul de Securitate, Consiliul NATO a afirmat că răspunsul Statelor Unite ale Americii se circumscrie noțiunii de autoapărare colectivă, prevăzută de articolul 5 din Tratatul de la Washington[32], și vor fi considerate ca fiind îndreptate împotriva tuturor statelor membre[33].

Reacția imediată a Consiliului de Securitate, care la 12 septembrie 2001 a adoptat Rezoluția nr. 1368[34], prin care a condamnat atacurile teroriste, le-a calificat ca amenințare la adresa păcii şi securității internaționale și a invitat statele membre să coopereze pentru aducerea în fața justiției a autorilor, organizatorilor și finanțatorilor acestor acte şi pentru prevenirea şi reprimarea actelor de terorism.

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

[30] Pct. 5 din Rezoluția nr. 1373 din 28 septembrie 2001.

[31] A. Cassese, *op. cit.*, 2001, p. 997.

[32]The North Atlantic Treaty, Washington, 4 April 1949, disponibil la adresa: https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm (accesată la 20 octombrie 2021).

[33] Comunicatul de presă NATO nr. 124 (2001), disponibil la adresa: http://www.nato.int/docu/pr/2001/ p01-124e.htm (accesată la 11 septembrie 2019).

[34] Rezoluția nr. 1368 (2001) cu privire la amenințări la pacea și securitatea internațională prin atacuri teroriste.

autoapărare colectivă, prin extinderea domeniului de aplicare al articolului 51 din Carta Națiunilor Unite[35] și modificarea conținutului unor principii fundamentale ale dreptului internațional.

În ciuda acestor calificări aduse actelor îndreptate împotriva Statelor Unite la 11 septembrie 2001, invadarea Irakului în martie 2003, de către coaliția internațională condusă de către Statele Unite ale Americii, a fost calificată de o parte a doctrinei de drept internațional ca nelegală şi contrară articolul 2 parag. 4 din Carta Națiunilor Unite[36].

3.2. Legitima apărare preventivă și anticipată – cazuri de legitimitate lipsite de legalitate ?

Carta Națiunilor Unite nu consacră în mod expres mai multe forme ale legitimei apărări şi deci nici un drept la *legitimă apărare anticipată* ori *preventivă.* Cele două forme se deosebesc de cea prevăzută în mod expres de Cartă prin caracterul atacului căruia îi răspunde statul victimă: articolul 51 se referă la forma tipică de autoapărare, ce prevede justificarea folosirii forței față de un atac armat actual, în derulare, în timp ce în cazul legitimei apărări anticipate, se răspunde unui atac iminent, celelalte condiții ale legitimei apărări (proporționalitatea, necesitatea) fiind aplicabile. În privința acesteia, 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 disproporționată[37]. 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 răspunde[38].

Legitima apărare preventivă (*preventive self-defense*) 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 şi paramilitare în şi împotriva statului Nicaragua*[39], și ulterior acestei hotărâri a continuat să lase nerezolvată această controversă.

[35] A. Cassese, *op. cit.*, 2001, p. 997; autorul menționează și posibilitatea de a discuta despre formarea spontană a unei norme cutumiare în acest sens.

[36] A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, 2006, pp. 122-123.

[37] C. Gray, *op. cit.*, 2014, p. 631.

[38] C. Gray, *op. cit.*, 2014, p. 631.

[39] Parag. 194-196 din Hotărârea Curții.

Anterior atacurilor de la 11 septembrie 2001, și state precum Israel[40] și Africa de Sud au susținut ideea folosirii forței armate în temeiul dreptului 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 comise[41]. 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 autoapărare[42]. Adunarea Generală şi 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 1981[43], acesta a statuat că conduita statului Israel constituie „*o încălcare gravă a Cartei Națiunilor Unite și a normelor internaționale de conduită*"[44] și a solicitat Israelului să se abțină de la astfel de acte sau amenințări[45].

O calificare mai gravă a conduitei statului Israel, de agresiune, este dată în Rezoluția adoptată de către Adunarea Generală la 13 noiembrie 1981[46], în formularea: „*actul său [al Israelului – n.a.] premeditat şi 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 şi securității internaționale*"[47].

Pe plan internațional însă, legitima apărare preventivă nu este considerată admisibilă de către un număr mare de state și nu există elemente suficiente care

[40] C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 631.

[41] 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.

[42] C. Gray, *op. cit.*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 631.

[43] Security Council, *Resolution 487 (1981) of 19 June 1981*. Textul este disponibil la adresa: *https://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/6C57312CC8BD93CA852560DF00653995)* (accesată la 11 noiembrie 2021).

[44] Pct. 1 din Rezoluția nr. 487 (1981).

[45] Pct. 2 din Rezoluția nr. 487 (1981).

[46] 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: https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/36/26 (accesată la 22 noiembrie 2021).

[47] Rezoluția Adunării Generale A/RES/36/27, pct. 1.

să contureze apariția unei norme cutumiare în acest sens[48]. Potrivit unei opinii din doctrină, încercarea de argumentare a existenței unei legitime apărări preventive nu a reușit să răspundă obiecției potrivit căreia a agresiunii prin intermediul unei imprecizii conceptuale și al folosirii discreționare de către cei puternici[49]. 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 şi Statele Unite ale Americii, astfel că, în contextul proliferării armelor nucleare şi de ucidere în masă, respectarea principiului interdicției amenințării şi folosirii forței se impune cu mai multă forță, relevând un caracter imperativ[50].

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 şi 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 articolul 51 din Carta Națiunilor Unite, nu ar fi limitat de respectarea acestor condiții și ar acționa în baza unei evaluări proprii subiective asupra situației, ceea ce constituie o absurditate juridică[51].

Pentru respingerea ideii de legitimare a folosirii forței armate sub forma legitimei apărări ca răspuns la comiterea sau pregătirea actelor de terorism, poate fi menționat că, în lipsa unei definiții internaționale comprehensibile a terorismului și în lipsa catalogării ca infracțiune internațională, statele şi dreptul internațional 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 universal[52] sau la nivel

[48] R. Miga-Beșteliu, *Drept internațional public*, vol. II, ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 172.

[49] A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, 2006, p. 129.

[50] *Ibidem*, p. 129.

[51] *Ibidem*, p. 130.

[52] *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), C*onvenția 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 deservesc 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).

regional[53], în vigoare, având o trăsătură comună deosebit de importantă: folosirea forţei armate nu constituie una dintre măsurile prevăzute de aceste convenţii ca mijloace de prevenire şi combatere a actelor de terorism. În privinţa actelor comise de persoanele fizice, a fost formulată o iniţiativă din partea statului român, de înfiinţare a unei instanţe internaţionale specializate în materie de terorism – Curtea Internaţională împotriva Terorismului[54].

Având în vedere practica ambiguă a statelor în privinţa acceptării ideii de exercitare a unui drept la legitimă apărare împotriva actelor de terorism[55], motivată şi de faptul că, în multe cazuri, acestea sunt comise de persoane fizice, cărora li se aplică garanţiile prevăzute de instrumentele juridice de protejare a drepturilor omului şi nu pot fi atribuite *prima facie* statelor, care sunt entităţile cărora le revine obligaţia de a respecta principiile fundamentale ale dreptului internaţional, nu se poate afirma în prezent că s-au conturat elementele constitutive ale unei cutume internaţionale în această privinţă.

Un alt element controversat al dreptului la legitimă apărare îl reprezintă intervenţia statului pe teritoriul altor state pentru a salva propriii cetăţeni, ce nu are o reglementare expresă în Carta Naţiunilor Unite, dar, potrivit unor opinii, constituie un element al dreptului la legitimă apărare, parte a dreptului internaţional cutumiar, însă această idee nu este acceptată de către toate statele şi nici uniform de către doctrina de specialitate[56]. A fost invocată în practică, în mai multe rânduri, de către Statele Unite ale Americii, pentru a justifica intervenţii în Panama (în 1989), Republica Dominicană (în 1965), Grenada (în 1983); Franţa a folosit-o, de asemenea, pentru intervenţii efectuate pe continentul african începând cu anul 2002 (în Coasta de Fildeş, Liberia, Republica Centrafricană)[57].

---

[53] *Convenţia Organizaţiei Statelor Americane privind prevenirea şi pedepsirea actelor de terorism luând forma infracţiunilor împotriva persoanelor şi de extorcare conexe, care sunt de importanţă internaţională* (1971), *Convenţia europeană pentru reprimarea terorismului* (1977), *Convenţia regională a Asociaţiei Asiei de Sud-Est pentru Cooperare Regională privind reprimarea terorismului* (1987), *Convenţia arabă privind reprimarea terorismului* (1998), *Convenţia Organizaţiei Conferinţei Islamice privind combaterea terorismului internaţional* (1999), *Convenţia Organizaţiei Unităţii Africane privind prevenirea şi combaterea terorismului* (1999), *Tratatul privind cooperarea dintre statele membre ale Comunităţii Statelor Independente în combaterea terorismului* (1999).

[54] C. Moldovan, *Succinte consideraţii referitoare la propunerea României de înfiinţare a unei instanţe internaţionale în materie de terorism*, în Analele Ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" Iaşi, Tomul LXII, Ştiinţe Juridice, 2016, Nr. 1, pp. 175-186.

[55] M. Bennouna, *Le droit international entre la lettre et l'esprit,* Cours général de droit international public (Volume 383), 2017, p. 66, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004346482_01.

[56] J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* 8th ed., Oxford University Press, 2012, pp. 754-755, http://dx.doi.org/10.1093/he/9780199699698.001.0001.

[57] *Ibidem*, p. 755.

4. Limite ale contestării legalității

Spre deosebire de legitimitate, care nu este supusă vreunui tip de control jurisdicțional, lipsa de legalitate poate fi invocată prin mecanisme specifice. Cu titlu de exemplu poate fi amintită situația Tribunalului penal pentru fosta Iugoslavie, a cărei legalitate a fost contestată încă de la înființarea sa, având în vedere modalitatea de constituire prin rezoluție a Consiliului de Securitate. În fața Tribunalului a fost invocată excepția nelegalității acestuia și a fost analizată în anul 1995[58].

În hotărârea din 2 octombrie 1995, în apelul cu privire la stabilirea jurisdicției, în cauza *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a „Dule"*, instanța a reținut că, în temeiul articolului 39 din Carta Națiunilor Unite[59], Consiliul de Securitate are prerogative destul de extinse în a califica situațiile care constituie amenințări asupra păcii și securității internaționale și în a dispune măsurile adecvate, dar și că acesta nu este *legibus solutus* (mai presus de lege). Nu au fost analizate limitele acestor prerogative ale Consiliului de Securitate pentru două motive esențiale. Primul dintre ele este acela că pe teritoriul fostei Iugoslavii a avut loc un conflict armat internațional sau o serie de conflicte armate, cu mult timp înainte de instituirea Tribunalului, situație ce intră în sfera de aplicare a noțiunii de încălcare a păcii dintre părți sau amenințare asupra păcii, chiar şi în ipoteza în care situația ar fi calificată drept conflict armat intern, fiind aplicabil articolul 39 din Carta Națiunilor Unite. Al doilea motiv are în vedere modificarea susținerilor apelantului, în sensul contestării legalități şi caracterului adecvat al măsurilor luate de către Consiliul de Securitate.

În privința posibilității instituiri unui tribunal internațional în temeiul Capitolului VII din Carta ONU, instanța a reținut marja foarte extinsă de apreciere în privința alegerii mijloacelor și modalităților de acțiune pentru restabilirea sau menținerea păcii[60] și, cu toate că instituirea unui tribunal penal internațional nu figurează printre mijloacele prevăzute în mod expres de Cartă, dar care poate fi asimilat categoriilor de mijloace prevăzute de articolul 41[61].

[58] ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a „Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of 2 October 1995, parag. 28-48, *https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm* (accesată la 10 noiembrie 2021).

[59] Articolul 39 din Carta Națiunilor Unite prevede: „Consiliul de Securitate va constata existența unei amenințări împotriva păcii, a unei încălcări a păcii sau a unui act de agresiune și va face recomandări ori va hotărî ce măsuri vor fi luate, în conformitate cu Articolele 41 și 42, pentru menținerea sau restabilirea păcii și securității internaționale."

[60] ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a „Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of 2 October 1995, parag. 32.

[61] ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a „Dule"*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Decision of 2 October 1995, parag. 33-40.

O altă problemă în legătură cu atribuțiile Consiliului de Securitate este dată de legitimitatea deciziilor sale, având în vedere că este un organism politic[62], cu atribuții discreționare în legătură cu calificarea juridică a anumitor situații sau acțiuni, pe scena internațională, care este cuprinsă în acte juridice cu valoare juridică obligatorie pentru state, iar posibilitatea de a adopta măsuri bazate pe constrângere este una discreționară, în aplicarea articolului 42 din Carta Națiunilor Unite, potrivit cărora:

„*În cazul în care Consiliul de Securitate va socoti că măsurile prevăzute în Articolul 41 nu ar fi adecvate ori că s-au dovedit a nu fi adecvate, el poate întreprinde, cu forțe aeriene, navale sau terestre, orice acțiune pe care o consideră necesară pentru menținerea sau restabilirea păcii și securității internaționale. Această acțiune poate cuprinde demonstrații măsuri de blocadă și alte operațiuni executate de forțe aeriene, maritime sau terestre ale Membrilor Națiunilor Unite.*"

5. Intervenția umanitară și doctrina responsabilității de a proteja- posibile remedii

Noțiunea „intervenție umanitară" în general se referă la acțiunea prin care un stat intervine cu forțele militare într-un alt stat pentru a pune capăt unor încălcări ale drepturilor omului realizate de către guvernul primului stat[63]. În opinia Institutului de Drept International din practica statelor rezultă că toate incidentele implică crize umanitare cu niveluri diferite de gravitate, dar unele au fost motivate de lupta contra grupărilor teroriste sau a facțiunilor politice responsabile de încălcări ale drepturilor omului, deci au fost inițiate dintr-un amestec de motive umanitare şi politice, în unele cazuri la cererea guvernului statului respectiv[64].

Trebuie subliniat că în legătură cu acest principiu pot fi puse în discuție excepții al căror conținut este controversat, în lipsa unei consacrări exprese de normele dreptului internațional: intervenția (chiar militară) a unui alt stat în baza consimțământului dat în mod legal de către stat; intervenția cu caracter umanitar.

Legalitatea intervenției poate fi contestată, iar intervenția calificată drept o încălcare a principiului interzicerii folosirii forței armate, dacă nu este autorizată de către Consiliul de Securitate. Această cerință conferă legitimitate acțiunilor

[62] I. Brownlie, *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law (Volume 255)*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 1995, pp. 219-220, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041103185_01.

[63] Institut of International Law, Session of Tallinn 2015, Rapporteur Michael Reisman, *Humanitarian Intervention*, Yearbook of Institute of International Law – Tallinn Session – Volume 76, p. 394, disponibil și online la adresa: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/03-Reisman-intervention.pdf (accesată la 13 noiembrie 2021).

[64] *Ibidem.*

întreprinse şi acordarea unui sprijin mai mare măsurilor comunităţii internaţionale, intervenţia individuală fiind incompatibilă cu principiul interzicerii folosirii forţei armate.

Acordarea de ajutor cu caracter strict umanitar persoanelor sau forţelor dintr-un alt stat, oricare ar fi obiectivele sau orientarea politică a acestora, nu este interzisă de dreptul internaţional şi nu poate fi considerată contrară regulilor dreptului internaţional.

Una dintre trăsăturile fundamentale ale ajutorului umanitar este acordarea acestuia fără discriminare pe niciun motiv. Cu titlu de exemplu, poate fi menţionată activitatea Comitetului International al Crucii Roşii[65], care nu face distincţii pe motiv de naţionalitate, rasă, credinţe religioase, clasă socială sau opinii politice în realizarea scopurilor sale, constând în atenuarea şi alinarea suferinţelor persoanelor rănite pe câmpul de luptă, protejarea vieţii şi sănătăţii acestora.

Spre deosebire de Carta Naţiunilor Unite, care nu conţine dispoziţii exprese referitoare la dreptul statelor sau al organizaţiei de intervenţie armată umanitară, Actul constitutiv al Uniunii Africane din 11 iulie 2000[66] stabileşte în mod expres dreptul Organizaţiei de a interveni în oricare dintre statele sale membre, în baza unei decizii a Adunării Uniunii Africane, în legătură cu circumstanţe grave, cum sunt crimele de război, genocidul şi crimele contra umanităţii, cu respectarea unor condiţii referitoare la consimţământul statului, formularea unei cereri de ajutor anterior intervenţiei[67].

Stadiul actual de dezvoltare normativă a dreptului internaţional tinde spre acceptarea intervenţiei umanitare armate, însă aceasta nu este în mod clar consacrată ca excepţie de la principiul nefolosirii forţei armate şi nici de la principiul neintervenţiei.

Cel mai puternic argument în sprijinul legitimităţii şi compatibilităţii teoriei intervenţiei cu dreptul internaţional se referă la consecinţele neintervenţiei. Un exemplu elocvent în acest sens este reprezentat de situaţia din Rwanda, care, analizată prin prisma acestei teorii, reprezintă eşecul comunităţii internaţionale de a lua măsuri care să prevină şi să pună capăt încălcărilor masive ale drepturilor omului: reacţia comunităţii internaţionali şi a Consiliului de Securitate a fost una *post factum* şi a constat în crearea unui tribunal penal internaţional specializat cu judecarea infracţiunilor de genocid comise în Rwanda în perioada aprilie-iulie 1994, ca urmare a cărora au fost înregistrate aproximativ 800.000 de victime. Iniţial, Consiliul de Securitate al ONU şi comunitatea internaţională au adoptat o atitudine de pasivitate şi au intervenit în Rwanda după ce numărul victimelor a

[65] International Committee of the Red Cross, https://www.icrc.org/en (accesată la 20 noiembrie 2021).

[66] Constitutive Act of the African Union, disponibil la adresa: https://au.int/sites/default/files/pages/34873-file-constitutiveact_en.pdf (accesată la 20 noiembrie 2021).

[67] Conform articolului 4 lit. h).

devenit foarte mare, în ciuda informațiilor referitoare la acțiunile comunității hutu asupra etnicilor tutsi.

Comunitatea internațională a reacționat mai rapid în cazul conflictelor din fosta Iugoslavie, prin intervenția NATO în Iugoslavia, în perioada martie-iunie 1999. Aceasta nu a fost autorizată în mod expres de către Consiliul de Securitate al ONU (din cauza opoziției Chinei și Federației Ruse). Ulterior operațiunilor militare, la 29 aprilie 1999, Iugoslavia (devenită Serbia și Muntenegru în anul 2003) a sesizat Curtea Internațională de Justiție cu cereri îndreptate împotriva a 10 state membre NATO (Statele Unite ale Americii, Belgia, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, Franța, Portugalia, Canada, Spania, Italia, Olanda, Germania)[68], în care a invocat încălcarea de către acestea a obligației de a nu folosi forța și deci, încălcarea dreptului internațional, întemeiate pe lipsa consacrării unei doctrine a dreptului de intervenție umanitară, invocându-se faptul că, chiar dacă o astfel de doctrină ar exista, atacurile aeriene nu au fost proporționale cu scopul intervenției umanitare.

Dintre statele împotriva cărora a fost formulată cererea, guvernul belgian a invocat în mod ferm aplicarea doctrinei intervenției umanitare și a prezentat argumente prin care a susținut că intervenția militară a fost necesară motivat de catastrofa umanitară și încălcările masive ale dreptului omului în provincia Kosovo. De asemenea, a susținut că această doctrină trebuie dezvoltată și acceptată de state, astfel încât să fie posibilă protejarea adecvată a valorilor *ius cogens*, de către comunitatea internațională[69].

Analiza argumentelor susținute de statele pârâte cu privire la legitimitatea intervenției ar fi adus lămuriri cu privire exercitarea unei astfel de intervenții si ar fi constituit un pas important în privința condițiilor în care aceasta poate fi recunoscută, însă Curtea Internațională de Justiție a admis excepțiile invocate în legătură cu lipsa de jurisdicție și nu s-a pronunțat pe fondul cauzei, intervenția umanitară continuând să fie un subiect controversat.

Institutul de Drept Internațional a creat în anul 1999 o comisie specială care să analizeze legalitatea intervenției militare a NATO în fosta Iugoslavie și subiecte ce implică exercitarea legitimei apărări, intervenția umanitară, intervenția militară la cererea și cu autorizația folosirii forței de către Națiunile Unite. Această inițiativă nu a avut rezultate notabile, ci doar o reiterare a ideii că nu se poate accepta liceitatea acțiunilor militare care nu au fost autorizate de către Națiunile

[68] ICJ, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium, Serbia and Montenegro v. Canada, Serbia and Montenegro v. France, Serbia and Montenegro v. Germany, Serbia and Montenegro v. Italy, Serbia and Montenegro v. Netherlands, Serbia and Montenegro v. Portugal, Serbia and Montenegro v. United Kingdom).*

[69] ICJ, *Legality of Use of Force* (*Serbia and Montenegro v. Belgium*), Preliminary Objections of the Kingdom of Belgium, 5 July 2000.

Unite şi care au avut ca pretins scop să pună capăt actelor de genocid, crimelor împotriva umanității la scară largă sau infracțiunilor în masă[70].

Responsabilitatea de a proteja este un concept aflat în strânsă legătură atât cu principiul interzicerii folosirii forței, cât şi cu dreptul de intervenție umanitară, dar care nu are o consacrare expresă în acte normative de drept internațional. Ideea responsabilității statului de a proteja a apărut în anul 2001 şi ulterior a început să se bucure de recunoaștere internațională, mai întâi în 2005 în cadrul UN World Summit, apoi chiar din partea Consiliului de Securitate, fiind practic răspunsul comunității internaționale la genocidul comis în Rwanda și la epurările etnice din Balcani[71], ca o excepție de la principiul neintervenției și respectării suveranității și integrității statului, principii bine stabilite în Carta Națiunilor Unite.

Pentru a sensibiliza comunitatea internațională și a populariza conceptul responsabilității de a proteja, în legătură cu intervenția umanitară şi intervenția pentru reinstaurarea democrației, în anul 2001 a fost constituită o comisie ad-hoc – Comisia Internațională cu privire la intervenție și suveranitatea statului (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*) – sub autoritatea guvernului canadian, care a întocmit un raport în care se analizează amplu dilema legată de intervenția umanitară, stadiul reglementării principiilor interzicerii folosirii forței și suveranității statului, conform dispozițiilor Cartei Națiunilor Unite, precum și modificarea mediului internațional, pasivitatea statelor și lipsa de reacție în cazul Rwanda și Kosovo, precum şi argumente juridice în sprijinul acceptării conceptului responsabilității de a proteja, ca excepție de la principiile bine stabilite ale dreptului internațional, justificată de gravitatea încălcărilor comise şi evitarea unor catastrofe umanitare[72].

Responsabilitatea de a proteja reprezintă o modalitate de reducere a diferențelor dintre legalitate și legitimitate deoarece permite intervenția în cazuri de urgență umanitară.

[70] Institut of International Law, Tenth Commission, *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law - Humanitarian action Rapporteurs: Mr Reisman/Mr Owada*, session de Santiago, 2007, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2007_san_03_en.pdf (accesată la 27 noiembrie 2021).

[71] S. Zifcar, *The responsibility to protect*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014, p. 509.

[72] International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, December 2001, disponibil la adresa: *https://www.idrc.ca/en/book/responsibility-protect-report-international-commission-intervention-and-state-sovereignty* (accesată la 23 noiembrie 2021).

Concluzii

Legalitatea și legitimitatea sunt menite să asigure autoritatea dreptului internațional public, una dintre trăsăturile legalității constă tocmai în invocarea unei autorități legitime. Acoperirea vidului care există între cele două concepte și reducerea tensiunilor poate fi realizată prin corelarea exigențelor pe care cele două concepte le implică. O acțiune din partea unui stat sau a unei organizații internaționale poate fi calificată ca legală sau nelegală, însă aplicarea exigențelor principiului legalității nu trebuie să determine situații inechitabile.

Situațiile prezentate în prezenta lucrare demonstrează necesitatea adaptării normelor la evoluția relațiilor internaționale, aspect în privința căruia dreptul internațional manifestă reticență, în general. Decalajul dintre legalitate și legitimitate își are rădăcinile în discontinuitatea dintre nevoile lumii reale și regulile codificate care au ca scop guvernarea acestor situații. În centrul aplicării și a procesului de calificare a acțiunilor statelor se află Consiliul de Securitate, organ a cărei legitimitate este pusă sub semnul îndoielii din cauza membrilor permanenți și a lipsei de reformă în privința compunerii sale (și de asemenea și în privința caracterului politic al hotărârilor sale ori lipsa adoptării unor hotărâri). Toate aceste aspecte ridică mai multe întrebări și furnizează puține răspunsuri simple sau clare, dimpotrivă demonstrează că între conceptele de legalitate și legitimitate, ilicit și ilegitim liniile de delimitare sunt uneori foarte neclare.

Referințe

d`Aspremont, J., De Brabandere, E., *The Complementary Faces of Legitimacy in International Law: The Legitimacy of Origin and the Legitimacy of Exrecise*, Fordham International Law Journal, Volume 34, Issue 2, 2011

Bennouna, M., *Le droit international entre la lettre et l'esprit,* Cours général de droit international public (Volume 383), 2017, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004346482_01

Brownlie, I., *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations: general course on public international law (Volume 255),* Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 1995, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041103185_01

Cançado Trindade, A. A., *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

Cassese, A., *Public International Law,* Oxford University Press, 2005

Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law,* 8th ed., Oxford University Press, 2012, pp. 754-755, http://dx.doi.org/10.1093/he/9780199699698.001.0001

Dershowitz, A. M., *The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss,* New York Law School Law Review, Volume 48, 2004

Detter, I. *The Law of War and Illegal Combatants,* The George Washington Law Review, Volume 75, 2007

General Assembly Resolution 2131 (XX), *Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty*, New York, 21 December 1965

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

Gray, C., *The use of force and the international legal order*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014

Institut of International Law, Session of Tallinn 2015, Rapporteur Michael Reisman, *Humanitarian Intervention*, Yearbook of Institute of International Law – Tallinn Session – Volume 76

Institut of International Law, Tenth Commission, *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law - Humanitarian action Rapporteurs: Mr Reisman/Mr Owada*, session de Santiago, 2007

International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, December 2001

Kumm, M., *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, The European Journal of International Law Volume 15 no. 5, 2004, pp. 907-931, http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chh503

Miga-Beşteliu, R., *Drept internațional public*, vol. II, ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2014

Moldovan, C., *Drept internațional public. Principii și instituții fundamentale*, ed. a 2-a, Editura Universul Juridic, București, 2019

Moldovan, C., *Succinte considerații referitoare la propunerea României de înființare a unei instanțe internaționale în materie de terorism*, în Analele Ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza" Iaşi, Tomul LXII, Ştiinţe Juridice, 2016, Nr. 1

Parry, J. T., *Torture Warrants and the Rule of War*, Albany Law Review Volume 71, No. 3, 2008

Parry, J. T., *The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees Commentary*, Melbourne Journal of International Law, Volume 6, 2005

Popovski, V., Turner, N., *Legality and Legitimacy in International Order*, United Nations University Press, online

Rosenne, Sh., *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., 2002, p. 149, http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041117465_01

Roughan, N., *Mind the Gaps: Authority and Legality in International Law*, în The European Journal of International Law Vol. 27 no. 2EJIL (2016), Vol. 27 No. 2, 329–351, http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chw021

Zifcar, S., *The responsibility to protect*, în M.D. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2014.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-13

Consolidarea principiilor care asigură realizarea drepturilor copiilor în mediul digital

Strengthening the Principles that Ensure Realization of Children's Rights in the Digital Environment

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU[1]

Rezumat: Pentru asigurarea unei protecţii adecvate a copiilor în spaţiul digital, Comitetul pentru Drepturile Copilului a adoptat Comentariul general nr. 25 cu privire la drepturile copiilor în mediile digitale. Documentul adoptat reliefează importanţa accesului copiilor la mediul digital în condiţii de siguranţă şi echitate. Principalele obiective sunt: alfabetizarea digitală, protejarea vieţii private şi siguranţa online. Măsurile propuse pentru realizarea drepturilor copilului în mediul digital au la bază respectarea unor principii fundamentale precum: nediscriminarea; interesul superior al copilului; dreptul la viaţă si dezvoltare; ascultarea opiniilor copiilor.

Cuvinte-cheie: interesul superior al copilului, mediul digita, nediscriminarea, libertatea de exprimare, protecţia vieţii private, incluziunea socială

Abstract: In order to ensure adequate protection of children in the digital space, the Committee on the Rights of the Child adopted General Comment no. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment. The adopted document highlights the importance of children's access to the digital environment in safe and fair conditions. The main objectives declared are: acquiring digital literacy, ensuring the respect for the right to privacy and restricted access to Children’s personal data, guaranteeing safe and secure access to digital environment. The measures proposed for the realization of children's rights in the digital environment are based on the observance of fundamental principles such as: non-discrimination; best interests of the child; right to life and development; respect for the views of the child.

Keywords: the best interests of the child, the digital environment, non-discrimination, freedom of expression, protection of privacy, social inclusion

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iaşi, email: luiza.gavrilescu@uaic.ro

Introducere

Mediul digital devine din ce în ce mai important în majoritatea aspectelor vieții copiilor, inclusiv în perioadele de criză, deoarece toate aspectele societății, inclusiv educația, serviciile guvernamentale și comerțul ajung să se bazeze treptat pe tehnologiile digitale. Acesta oferă noi oportunități pentru realizarea drepturilor copiilor, dar prezintă, de asemenea, riscurile încălcării sau abuzării acestora.

În prezentul Comentariu general[2], Comitetul explică modul în care Statele părți ar trebui să pună în aplicare Convenția ONU cu privire la drepturile copilului din anul 1989 în ceea ce privește mediul digital și oferă îndrumări cu privire la măsurile relevante în domeniul legislativ, al politicilor publice și de altă natură, pentru a asigura respectarea deplină a obligațiilor care le revin în temeiul Convenției și al Protocoalelor Opționale la aceasta, având în vedere oportunitățile, riscurile și provocările legate de promovarea, respectarea, protejarea și îndeplinirea tuturor drepturilor copiilor în mediul digital.

Dreptul la nediscriminare impune ca statele părți să se asigure că toți copiii au acces egal și efectiv la mediul digital în moduri semnificative pentru ei[3] . Statele părți ar trebui să ia toate măsurile necesare pentru a evita excluziunea digitală. Aceasta cuprinde accesul gratuit și sigur pentru copii în locații publice anume dedicate și investiții în politici și programe care să sprijine accesul la tehnologiile digitale și utilizarea în cunoștință de cauză a acestora în cadrul instituțiilor educaționale, al comunităților și al locuințelor.

Copiii pot fi discriminați prin excluderea lor de la utilizarea tehnologiilor și serviciilor digitale sau prin primirea de mesaje pline de ură sau de tratament inechitabil prin utilizarea acestor tehnologii.

Comitetul invită statele părți să ia măsuri proactive pentru a preveni discriminarea pe diferite criterii, între care și a copiilor care solicită azil, a refugiaților și a copiilor migranți, a celor care se află în plasament, copiilor lipsiți de libertate și celor aflați în alte situații vulnerabile. Ar trebui luate măsuri specifice pentru a elimina decalajul digital pe temei de gen pentru fete și pentru a se asigura că se acordă o atenție deosebită accesului, alfabetizării digitale, vieții private și siguranței online.

[2] CRC/C/GC/25 aprobat în 2 martie 2021 și publicat: 24 martie 2021, traducerea în limba română fiind realizată de asociația VeDem Just, prin: - jurist, Gianina Clop; - judecător, Cristi Danileț.

[3] Comentariul general nr. 9 (2006), paragrafele 37-38.

1. Importanța asigurării respectării interesului superior al copilului

Cu toate că inițial mediul digital nu a fost conceput pentru copii, în prezent joacă un rol semnificativ în viața lor. Statele părți ar trebui să se asigure că, în toate acțiunile privind furnizarea, reglementarea, proiectarea, gestionarea și utilizarea mediului digital, interesul superior al fiecărui copil este un aspect primordial.

Interesul superior al copilului este un concept dinamic care necesită o evaluare adecvată unui context specific[4]. Statele părți ar trebui să implice organismele naționale și locale care supraveghează respectarea drepturilor copiilor în astfel de acțiuni. Atunci când iau în considerare interesul superior al copilului, aceștia ar trebui să țină seama de toate drepturile copiilor, inclusiv de drepturile lor de a căuta, de a primi și de a transmite informații, de a fi protejați de vătămări și de a li se acorda atenția cuvenită și de a asigura transparența în evaluarea interesului superior al copilului și a criteriilor care au fost aplicate

Copiii au declarat că mediul digital le-a oferit oportunități esențiale pentru ca vocile lor să fie auzite în chestiunile care îi privesc[5] . Utilizarea tehnologiilor digitale poate contribui la a realizarea dreptului copiilor de a participa la viața local, națională și internațională[6] . Statele părți ar trebui să promoveze conștientizarea și accesul copiilor la mijloacele digitale pentru a-și exprima opiniile și de a le oferi instruire și sprijin pentru a participa în mod egal cu adulții, în mod anonim, acolo unde este necesar, astfel încât aceștia să își susțină în mod eficient drepturile lor, în mod individual și în grup.

Atunci când elaborează acte legislative, politici publice, programe, servicii și instruire privind drepturile copiilor în ceea ce privește mediul digital, statele părți ar trebui să implice toți copiii, să le asculte nevoile și să acorde greutatea cuvenită opiniilor lor. Acestea ar trebui să se asigure că furnizorii de servicii digitale interacționează activ cu copiii, aplicând garanții adecvate și acordându-le atenția cuvenită atunci când dezvoltă produse și servicii.

Statele părți sunt încurajate să utilizeze mediul digital pentru a se consulta cu copiii cu privire la măsurile relevante la nivel legislativ, administrative și de altă natură și pentru a se asigura că opiniile lor sunt luate în considerare în mod serios și că participarea copiilor nu duce la o monitorizare nepotrivită sau la colectarea nejustificată a datelor încălcând dreptul lor la intimitate, libertatea de gândire și libertatea de opinie. Statele ar trebui să se asigure că procesele

[4] Comentariul general nr. 14 (2013), para. 1

[5] „Drepturile noastre într-o lume digitală", raport de sinteză privind consultarea copiilor pentru prezentul comentariu general, paginile 14 și 22. Disponibil la https://5rightsfoundation.com/uploads/Our%20Rights%20in%20a%20Digital%20World.pdf. Toate trimiterile la opiniile copiilor se referă la acest raport.

[6] Comentariul general nr. 14 (2013), paragrafele 89–91

consultative includ copiii care nu au acces la tehnologie sau nu au abilitățile necesare pentru a o utiliza.

2. Măsuri generale recomandate spre a fi puse în aplicare de către statele părți

Oportunitățile de realizare a drepturilor copiilor și de protecție a acestora în mediul digital necesită o gamă largă de măsuri legislative, administrative și de altă natură, incluzând măsuri de prevenție.

2.1. Strategii legislative

Statele părți ar trebui să prevadă, să adopte și să actualizeze legislația națională în conformitate cu standardele internaționale privind drepturile omului, pentru a se asigura că mediul digital este compatibil cu drepturile prevăzute în Convenția ONU privind drepturile copilului și în Protocoalele Opționale la aceasta. În contextul avansării tehnologice și al dezvoltării practicilor, legislația trebuie să rămână un aspect relevant. Evaluările cu privire la impactul asupra drepturilor copilului trebuie folosite pentru a încorpora drepturile copiilor în legislație, în alocările bugetare și în alte decizii administrative referitoare la mediul digital și să se promoveze utilizarea lor de către organismele publice și companiile legate de mediul digital.[7]

2.2. Politici național de protecție

Statele părți ar trebui să se asigure că politicile naționale privind drepturile copilului abordează în mod specific mediul digital și ar trebui să pună în aplicare reglementări, coduri industriale, standarde de proiectare și planuri de acțiune corespunzătoare, care să fie evaluate și actualizate în mod regulat[8]. Astfel de politici naționale ar trebui să vizeze să ofere copiilor posibilitatea de a beneficia de implicarea în mediul digital și să asigure accesul lor în siguranță la acesta.

Protecția online a copiilor ar trebui integrată în politicile naționale de protecție a copilului. Statele părți ar trebui, de asemenea, să răspundă nevoilor copiilor aflați în situații dezavantajoase sau care sunt vulnerabili, inclusiv prin furnizarea de informații pe înțelesul copiilor, care sunt, atunci când este necesar, traduse în limbile relevante ale minorităților.

Statele părți ar trebui să asigure funcționarea online a unor mecanisme eficiente de protecție a copilului și a unor politici de protecție, respectând, în

[7] Comentariul general nr. 5 (2003), para. 45; Comentariul general nr. 14 (2013), para. 99; și Comentariul general nr. 16 (2013), paragrafele 78-81.

[8] Un glosar terminologic este disponibil pe pagina web a Comitetului: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_INF_9314_E.pdf

același timp, celelalte drepturi ale copiilor, în toate mediile în care copiii accesează mediul digital, care include locuințe, așezăminte educaționale, net-cafenele, centre pentru tineret, biblioteci și așezăminte sanitare și de îngrijire alternativă.

Pentru a cuprinde toate aspectele presupuse de legătura dintre mediul digital și drepturile copiilor, statele părți ar trebui să identifice un organism guvernamental care să fie împuternicit să coordoneze politicile, linii directoare și programele referitoare la drepturile copiilor la nivelul administrației centrale și locale[9]. Un astfel de mecanism național de coordonare ar trebui să implice școlile și sectorul tehnologiei informației și comunicațiilor și să coopereze cu mediul de afaceri, societatea civilă, mediul academic și organizațiile pentru apărarea drepturile copiilor în ceea ce privește mediul digital la nivel trans-sectorial (la nivel național, regional și local) [10]. Acesta ar trebui să se bazeze pe expertiza tehnologică și de altă natură, care este relevantă, în cadrul și în afara guvernului, după caz, și să fie evaluată în mod independent cu privire la îndeplinirea efectivă a obligațiilor sale.

2.3. Alocarea resurselor

Statele părți ar trebui să mobilizeze, să aloce și să utilizeze resurse publice pentru a pune în aplicare legislația, politicile publice și programele destinate a realiza pe deplin drepturile copiilor în mediul digital și pentru a îmbunătăți incluziunea digitală, care este necesară pentru a aborda impactul tot mai mare al mediului digital asupra vieții copiilor și pentru a promova egalitatea de acces la servicii și conectivitate, respectiv accesibilitatea acestora[11].

În cazul în care resursele sunt alocate din mediul de afaceri sau obținute prin cooperare internațională, statele părți ar trebui să se asigure că mandatul propriu, mobilizarea veniturilor, alocările bugetare și cheltuielile nu sunt afectate sau subminate de terți[12].

2.4. Colectarea datelor și analiza lor

Actualizarea regulată a datelor și analizarea lor periodică sunt esențiale pentru înțelegerea implicațiilor mediului digital pentru viața copiilor, evaluarea impactului acestuia asupra drepturilor acestora și evaluarea eficacității intervențiilor statului. Statele părți ar trebui să se asigure că activitatea de colectare a datelor solide și cuprinzătoare dispune de resurse adecvate și că se descompun datele în funcție de vârstă, sex, handicap, localizare geografică, origine etnică și națională și origine socio-economică. Aceste date și analize,

[9] Comentariul general nr. 5 (2003), para. 37

[10] *Ibidem*, paragrafele 27 și 39.

[11] Comentariul general nr. 19 (2016), para. 21

[12] *Idem*, para. 27 (b).

inclusiv cele efectuate cu și de către copii, ar trebui să influențeze legislația, politicile publice și practicile și ar trebui să fie disponibile în domeniul public[13]. Colectarea de date și analizele referitoare la viața digitală a copiilor trebuie să le respecte confidențialitatea și să îndeplinească cele mai înalte standarde etice.

2.5. Monitorizarea, diseminarea informațiilor, sensibilizarea și instruirea

Statele părți ar trebui să se asigure că mandatele instituțiilor naționale care se ocupă de drepturile omului și ale altor instituții independente corespunzătoare acoperă drepturile copiilor în mediul digital și că acestea sunt în măsură să primească, să investigheze și să soluționeze plângeri din partea copiilor și a reprezentanților acestora[14]. În cazul în care există organisme de supraveghere independente pentru a monitoriza activitățile legate de mediul digital, instituțiile naționale pentru drepturile omului ar trebui să colaboreze îndeaproape cu aceste organisme pentru a-și îndeplini în mod eficace mandatul privind drepturile copiilor[15].

Statele părți ar trebui să se asigure că profesioniștii din sistemul de educație, de la toate nivelurile, beneficiază de formare inițială și continuă referitoare la mediul digital, pentru dezvoltarea cunoștințelor, abilităților și practicilor.

2.6. Cooperarea cu societatea civilă

Statele părți ar trebui să implice în mod sistematic societatea civilă, inclusiv grupurile conduse de copii și organizațiile neguvernamentale care lucrează în domeniul drepturilor copilului și cele care se ocupă de mediul digital, în dezvoltarea, punerea în aplicare, monitorizarea și evaluarea legilor, politicilor publice, planurilor și programelor referitoare la drepturile copilului. Acestea ar trebui, de asemenea, să se asigure că organizațiile societății civile sunt în măsură să își pună în aplicare activitățile legate de promovarea și protecția drepturilor copiilor în ceea ce privește mediul digital.

Statele părți ar trebui să ia măsuri, inclusiv prin dezvoltarea, monitorizarea, punerea în aplicare și evaluarea legislației, regulamentelor și politicilor publice, pentru a asigura respectarea de către companii a obligațiilor lor de a preveni utilizarea rețelelor sau a serviciilor online în moduri care cauzează sau contribuie la încălcări sau abuzuri ale drepturilor copiilor, inclusiv a drepturilor lor la viață privată și protecție, și pentru a oferi copiilor, părinților și îngrijitorilor remedii prompte și eficiente. De asemenea, acestea ar trebui să încurajeze companiile să furnizeze informații publice și consiliere accesibilă și rapidă pentru a sprijini activitățile digitale sigure și benefice pentru copii.

[13] Comentariul general nr. 5 (2003), paragrafele 48 și 50
[14] Comentariul general nr. 2 (2002), paragrafele 2 și 7
[15] *Ibidem*, para. 7.

3. Protecția drepturilor și libertăților civile ale copiilor în mediul digital

3.1. Asigurarea accesului la informații

Mediul digital oferă copiilor o oportunitate unică de a-și realiza dreptul de acces la informații. În această privință, mediile de informare și comunicare, inclusiv conținutul digital și online, îndeplinesc o funcție importantă[16]. Statele părți ar trebui să se asigure că copiii au acces la informații în mediul digital și că exercitarea acestui drept este restricționată numai atunci când acestea este prevăzută de lege și sunt necesare în scopurile prevăzute la articolul 13 din Convenție.

Statele părți ar trebui să furnizeze și să sprijine crearea unui conținut digital adecvat vârstei copiilor, în conformitate cu capacitățile lor în evoluție, și să se asigure că copiii au acces la o mare diversitate de informații, inclusiv la informații deținute de organismele publice, despre cultură, sport, arte, sănătate, afaceri civile și politice și drepturile copiilor.

Statele părți ar trebui să încurajeze producerea și difuzarea unui astfel de conținut utilizând formate multiple și dintr-o multitudine de surse naționale și internaționale, inclusiv mass-media, radiodifuzori, muzee, biblioteci și organizații educaționale, științifice și culturale. Acestea ar trebui să depună eforturi în special pentru a spori furnizarea de conținut divers, accesibil și benefic pentru copiii cu dizabilități și copiii care aparțin grupurilor etnice, lingvistice, indigene și alte grupuri minoritare. Capacitatea de a accesa informații relevante, în limbile pe care copiii le înțeleg, poate avea un impact pozitiv semnificativ asupra egalității.[17]

Statele părți ar trebui să încurajeze furnizorii de servicii digitale utilizate de copii să aplice etichetarea concisă și inteligibilă a conținutului, de exemplu în ceea ce privește conținutul de încredere sau adecvat vârstei. Acestea ar trebui, de asemenea, să încurajeze furnizarea de îndrumări, formare, materiale educaționale și mecanisme de sesizare care să fie accesibile pentru copii, părinți și îngrijitori, educatori și grupuri profesionale relevante[18]. Sistemele bazate pe vârstă sau pe conținut concepute pentru a proteja copiii de conținutul nepotrivit pentru vârstă ar trebui să fie în concordanță cu principiul minimizării datelor.

[16] Comentariu general nr. 7 (2005), para. 35 și Comentariul general nr. 20 (2016), para. 47

[17] Comentariul general nr. 17 (2013), para .46; și Comentariul general nr. 20 (2016), paragrafele 47-48

[18] Comentariu general nr. 16 (2013), para. 19 și 59.

3.2. Libertatea de exprimare și protecția vieții private

Dreptul copiilor la libertatea de exprimare include libertatea de a căuta, de a primi și de a transmite informații și idei de orice fel, utilizând orice mijloace de informare la alegere. Copiii au raportat[19] că mediul digital a oferit un domeniu de aplicare semnificativ pentru aşi exprima ideile, opiniile și viziunile politice

Pentru copiii defavorizați sau vulnerabili, interacțiunea - facilitată de tehnologie - cu alte persoane care își împărtășesc experiențele îi poate ajuta să se exprime. Copiilor trebuie să li se respecte libertatea de gândire, conștiință și religie.

Datele cu caracter personal ale copiilor ar trebui să fie accesibile numai autorităților, organizațiilor și persoanelor desemnate în temeiul legii pentru a le prelucra în conformitate cu garanții adecvate, cum ar fi audit periodic și măsurile de responsabilizare.[20] Datele copiilor colectate în scopuri definite, în orice cadru, inclusiv cazierele judiciare digitalizate, ar trebui protejate și destinate exclusive acestor scopuri și nu ar trebui păstrate în mod ilegal ori inutil sau să fie utilizate în alte scopuri. În cazul în care informațiile sunt furnizate într-un singur cadru și ar putea aduce beneficii în mod legitim copilului prin utilizarea lor într-un alt cadru, de exemplu, date introduse în sistemul de învățământ primar și folosite în sistemul de învățământ terțiar, utilizarea acestor date ar trebui să fie transparentă, responsabilă și condiționată de consimțământul copilului, al părintelui sau al îngrijitorului, după caz.

Pe măsură ce mediile frecventate de copii asigură „conectarea" acestora, prin utilizarea senzorilor integrați conectați la sisteme automate, statele părți ar trebui să se asigure că produsele și serviciile care contribuie la astfel de medii sunt supuse unei protecții sănătoase a datelor și altor reglementări și standarde de confidențialitate. Aceasta include mediile publice, cum ar fi străzile, școlile, bibliotecile, locurile de sport și de divertisment și spațiile de afaceri, inclusiv magazinele și cinematografele, precum și casa.

Mediul digital prezintă probleme speciale pentru părinți și îngrijitori în ceea ce privește respectarea dreptului copiilor la viață privată. Tehnologiile care monitorizează activitățile online din motive de siguranță, ar fi dispozitivele și serviciile de urmărire, dacă nu sunt implementate cu atenție, pot împiedica un copil să acceseze o linie telefonică de asistență. sau să caute informații sensibile. Statele părți ar trebui să consilieze copiii, părinții și îngrijitorii și publicul cu privire la importanța dreptului copilului la viață privată și cu privire la modul în care propriile practici pot amenința acest drept. De asemenea, aceștia ar trebui să fie informați cu privire la practicile prin care pot respecta și proteja viața privată a copiilor în raport cu mediul digital, menținându-i în același timp în siguranță. Monitorizarea activității digitale din partea părinților și a îngrijitorilor

[19] „Drepturile noastre într-o lume digitală", p. 16.

[20] Comitetul pentru Drepturile Copilului, Comentariul general nr. 20 (2016), para. 46.

ar trebui să fie proporţională şi în conformitate cu capacităţile în evoluţie ale copilului.

Furnizorii de servicii de prevenire sau consiliere pentru copiii din mediul digital ar trebui să fie scutiţi de orice cerinţă pentru ca un copil utilizator să obţină consimţământul părinţilor pentru a avea acces la astfel de servicii[21]. Astfel de servicii ar trebui să fie supuse unor standarde înalte de confidenţialitate şi de protecţie a copilului.

3.3. Înregistrarea naşterii şi dreptul la identitate

Statele părţi ar trebui să promoveze utilizarea sistemelor de identificare digitală care să permită tuturor nou-născuţilor să aibă naşterea înregistrată şi recunoscută oficial de către autorităţile naţionale, pentru a facilita accesul la servicii, inclusiv la cele de sănătate, educaţie şi ajutor social. Lipsa înregistrării naşterii facilitează încălcarea drepturilor copiilor prevăzute de Convenţie şi de Protocoalele Opţionale la aceasta. Statele părţi ar trebui să utilizeze tehnologii actualizate, inclusiv unităţi mobile de înregistrare, pentru a asigura accesul la înregistrarea naşterilor, în special pentru copiii din teritoriile izolate, copiii refugiaţi şi migranţi, copiii aflaţi în situaţii de risc şi de marginalizare, şi care să cuprindă şi copiii născuţi înainte de introducerea sistemelor de identificare digitală.

Pentru ca astfel de sisteme să fie în beneficiul copiilor, Statele ar trebui să desfăşoare campanii de sensibilizare, să instituie mecanisme de monitorizare, să promoveze implicarea comunităţii şi să asigure o coordonare eficace între diferiţii actori, inclusiv ofiţeri de stare civilă, judecători, notari, funcţionari din domeniul sănătăţii şi al agenţiilor de protecţie a copilului. Acestea ar trebui, de asemenea, să se asigure că există un cadru solid privind confidenţialitatea şi protecţia datelor.

4. Protecţia copiilor de violenţa din mediul digital

Statele părţi ar trebui să ia măsuri legislative şi administrative pentru a proteja copiii de violenţa din mediul digital, inclusiv revederea, actualizarea şi punerea în aplicare periodică a unor solide cadre legislative, de reglementare şi instituţionale care protejează copiii împotriva riscurilor cunoscute, dar şi a celor neprevăzute, ale tuturor formelor de violenţă în mediul digital. Printre aceste riscuri se numără violenţa fizică sau psihică, vătămarea sau abuzul, neglijarea sau maltratarea, exploatarea şi abuzul, inclusiv exploatarea sexuală şi abuzul sexual, traficul de copii, violenţa bazată pe gen, agresiunea cibernetică, atacurile cibernetice şi războiul informaţional. Statele părţi ar trebui să pună în aplicare

[21] Comentariul general nr. 20 (2016), para. 60

măsuri de siguranță și de protecție în conformitate cu capacitățile în evoluție ale copiilor

Mediul digital poate deschide noi modalități pentru grupurile nestatale, inclusiv grupurile armate cunoscute ca teroriste sau de extremă violență, de a recruta și exploata copii pentru a se angaja sau a participa la violențe. Statele părți ar trebui să se asigure că legislația interzice recrutarea copiilor de către grupuri teroriste sau de extremă violență. Copiii acuzați de infracțiuni în acest context ar trebui tratați în primul rând ca victime, dar, dacă sunt acuzați, ar trebui să se aplice regulile de justiție pentru minori.

5. Mediul familial și îngrijirea alternativă

5.1. Sprijinirea și îndrumarea părinților și a îngrijitorilor în privința mediului digital

Mulți părinți și îngrijitori au nevoie de sprijin pentru a dezvolta capacitatea de înțelegere tehnologică și abilitățile necesare pentru a asista copiii în ceea ce privește mediul digital. Statele părți ar trebui să se asigure că părinții și îngrijitorii au oportunități de a dobândi cunoștințe digitale, de a învăța cum tehnologia poate sprijini drepturile copiilor și de a recunoaște un copil care este victima unei vătămări online și să reacționeze în mod corespunzător. O atenție deosebită trebuie acordată părinților și îngrijitorilor copiilor aflați în situații dezavantajate sau vulnerabile.

În sprijinirea și îndrumarea părinților și a îngrijitorilor în ceea ce privește mediul digital, Statele părți ar trebui să promoveze conștientizarea pentru a respecta autonomia crescândă a copiilor și nevoia de confidențialitate, în conformitate cu capacitățile lor în evoluție. Statele părți ar trebui să ia în considerare faptul că adesea copiii îmbrățișează și experimentează oportunități digitale și se pot confrunta cu riscuri, chiar la o vârstă mai mică decât pot anticipa părinții și îngrijitorii. Unii copii au declarat că doresc mai mult sprijin și încurajare în activitățile lor digitale, în special în cazul în care au perceput abordarea părinților și a îngrijitorilor ca fiind punitive, prea restrictive sau neadaptate la capacitățile lor în evoluție.[22]

Statele părți ar trebui să țină seama de faptul că sprijinul și îndrumarea oferite părinților și îngrijitorilor ar trebui să se bazeze pe înțelegerea specificității și unicității relațiilor părinte-copil. O astfel de îndrumare ar trebui să sprijine părinții în menținerea unui echilibru adecvat între, pe de o parte, protecția copilului și autonomia sa în dezvoltare, bazată pe empatie și respect reciproc, pe de altă parte interdicțiile sau controlul din partea lor. Pentru a ajuta părinții și îngrijitorii să mențină un echilibru între responsabilitățile părintești și drepturile copilului, ar trebui ca interesul superior al copilului și luarea în considerare a

[22] „Drepturile noastre într-o lume digitală", p. 30.

capacităților în evoluție ale copilului să constituie principii directoare. Îndrumările către părinți și îngrijitori ar trebui să încurajeze activitățile sociale, creative și de învățare ale copiilor în mediul digital, dar să sublinieze faptul că utilizarea tehnologiilor digitale nu ar trebui să înlocuiască interacțiunile directe între copii înșiși, respectiv între copii și părinți sau îngrijitori.

5.2. Măsuri pentru a spori incluziunea digitală a copiilor separați de familie

Este important pentru copiii separați de familiile lor să aibă acces la tehnologii digitale[23]. Dovezile au arătat că tehnologiile digitale sunt benefice pentru menținerea relațiilor de familie, de exemplu, în cazurile de separare a părinților, atunci când copiii sunt plasați în îngrijire alternativă, în scopul stabilirii relațiilor dintre copii și viitorii părinți adoptivi și în reunirea copiilor cu familiile lor în situații de criză umanitară. Prin urmare, în contextul familiilor separate, statele părți ar trebui să sprijine accesul copiilor și al părinților lor la servicii digitale, pentru îngrijitori sau alte persoane relevante, ținând seama de siguranța și interesul superior al copilului.

Măsurile luate pentru a spori incluziunea digitală ar trebui să fie echilibrate de necesitatea de a proteja copiii în cazurile în care pot fi puși în pericol de părinții sau alți membri ai familiei sau îngrijitori, prezenți fizic sau aflați la distanță. Statele părți ar trebui să considere că astfel de riscuri pot fi activate prin proiectarea și utilizarea tehnologiilor digitale, de exemplu, prin dezvăluirea locației copilului către un potențial agresor. Ca urmare a recunoașterii acestor riscuri, Statele ar trebui să solicite o abordare care să integreze încă din faza de proiectare siguranța și protecția vieții private și să se asigure că părinții și îngrijitorii sunt pe deplin conștienți de riscurile și strategiile disponibile pentru sprijinirea și protejarea copiilor[24].

6. Garantarea dreptului la educație în mediu digital

6.1. Crearea infrastructurii pentru activități educative în mediul digital

Mediul digital poate permite și îmbunătăți în mare măsură accesul copiilor la o educație incluzivă de înaltă calitate, inclusiv resurse fiabile pentru învățarea

[23] Comentariul general nr. 21 (2017), para. 35

[24] În acest sens am formulat prezentele propuneri legislative prin comunicarea *„Măsuri proactive pentru asigurarea egalității de șanse a copiilor aflați în situații vulnerabile în vederea incluziunii sociale și alfabetizării digitale”* susținută în cadrul Conferiței Naționale YOUTALKS – “Protecția copilului după 30 de ani de democrație”, organizată de Asociația YouHub Association România și Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, în parteneriat cu Universitatea de Vest din Timișoara, desfășurată în 24-26 mai 2021.

formală, non-formală, informală, în perechi și pentru auto-educație. Utilizarea tehnologiilor digitale poate consolida, de asemenea, implicarea între profesor și elev și între cursanți. Copiii au subliniat importanța tehnologiilor digitale în îmbunătățirea accesului acestora la educație și în sprijinirea învățării și participării acestora la activități extra-curriculare.[25]

Statele părți ar trebui să sprijine instituțiile educaționale și culturale cum ar fi arhivele, bibliotecile și muzeele, pentru a permite accesul copiilor la diverse resurse digitale și interactive de învățare, inclusiv resurse indigene, și resurse în limbile pe care copiii le înțeleg. Aceste resurse și alte resurse valoroase pot sprijini implicarea copiilor cu propriile practici creative, civice și culturale și le pot permite să învețe despre cele ale altora[26] . Statele părți ar trebui să consolideze oportunitățile copiilor de învățare online și pe tot parcursul vieții.

Statele părți ar trebui să investească în mod echitabil în infrastructura tehnologică în școli și în alte medii de învățare, asigurând disponibilitatea și accesibilitatea unui număr suficient de computere, banda largă de înaltă calitate și de mare viteză de internet și o sursă stabilă de energie electrică, formarea profesorilor privind utilizarea tehnologiilor educaționale digitale, accesibilitatea și întreținerea în timp util a tehnologiilor școlare. Acestea ar trebui, de asemenea, să sprijine crearea și diseminarea diverselor resurse educaționale digitale de bună calitate în limbile pe care copiii le înțeleg și să se asigure că inegalitățile existente nu sunt exacerbate, cum ar fi cele cu care se confruntă fetele. Statele părți ar trebui să se asigure că utilizarea tehnologiilor digitale nu subminează educația cu prezenta fizică a persoanelor și este justificată în scopuri educaționale.

Pentru copiii care nu sunt prezenți fizic la școală sau pentru cei care locuiesc în zone îndepărtate ori sunt în situații defavorizate sau vulnerabile, tehnologiile educaționale digitale pot permite învățarea la distanță sau mobilă[27]. Statele părți ar trebui să se asigure că există o infrastructură adecvată pentru a permite accesul tuturor copiilor la utilitățile de bază necesare pentru învățarea la distanță, inclusiv accesul la dispozitive, electricitate, conectivitate, materiale educaționale și sprijin profesional. Acestea ar trebui, de asemenea, să se asigure că școlile dispun de resurse suficiente pentru a oferi părinților și îngrijitorilor îndrumări privind învățarea la distanță la domiciliu și că produsele și serviciile educaționale digitale nu creează sau nu exacerbează inechitățile în ceea ce privește accesul copiilor la servicii educaționale în persoană.

[25] „Drepturile noastre într-o lume digitală", pp. 14, 16 și 30.

[26] Comentariul general nr. 17 (2013), para. 10.

[27] Recomandarea generală comună nr. 31 a Comitetului pentru eliminarea discriminării împotriva femeilor/Comentariul general nr. 18 al Comitetului pentru Drepturile copilului (2019), para. 64; și Comitetul pentru Drepturile Copilului, Comentariul general nr. 11 (2009), para. 61; și Comentariul general nr. 21 (2017), para. 55

6.2. Atingerea unor standardele pentru tehnologiile educaționale

Statele părți ar trebui să elaboreze politici, standarde și îndrumări – care să fie bazate pe studii științifice - pentru școli și alte organisme relevante responsabile cu procurarea și utilizarea tehnologiilor și materialelor educaționale pentru a spori furnizarea de beneficii educaționale valoroase. Standardele pentru tehnologiile educaționale digitale ar trebui să garanteze că utilizarea acestor tehnologii este etică și adecvată în scopuri educaționale și nu expune copiii la violență, discriminare, utilizare abuzivă a datelor lor cu caracter personal, exploatare comercială sau alte încălcări ale drepturilor lor, cum ar fi utilizarea tehnologiilor digitale pentru a documenta activitatea unui copil și a o împărtăși cu părinții sau îngrijitorii fără cunoștința sau consimțământul copilului.

Statele părți ar trebui să se asigure că educația digitală este predată în școli, ca parte a programelor de învățământ de bază, începând cu nivelul preșcolar și continuând pe parcursul celorlalți ani școlari, și că astfel de tehnici de predare sunt evaluate pe baza rezultatelor lor[28]. Programa de învățământ ar trebui să includă cunoștințele și competențele necesare pentru a gestiona în siguranță o gamă largă de instrumente și resurse digitale, inclusiv cele legate de conținut, creație, colaborare, participare, socializare și implicare civică.

Curricula trebuie să includă, de asemenea, înțelegerea critică, îndrumări privind modul de a găsi surse de informații de încredere și de identificare a dezinformării și a altor forme de conținut părtinitor sau fals, inclusiv cu privire la aspectele legate de sănătatea sexuală și reproductivă, drepturile omului, inclusiv drepturile copilului în mediul digital, precum și formele disponibile de sprijin și de remediere. Acestea ar trebui să promoveze sensibilizarea copiilor cu privire la posibilele consecințe negative ale expunerii la riscuri legate de conținut, contact, comportament și contract, inclusiv agresiunea cibernetică, traficul, exploatarea sexuală și abuzul sexual, și alte forme de violență, precum și strategiile privind modalitățile de comportament pentru a reduce vătămările și strategiile de protejare a datelor lor cu caracter personal și a altor date, și de consolidare a abilităților sociale și emoționale și de adaptare a copiilor.

Este din ce în ce mai important pentru copii să înțeleagă mediul digital, inclusiv infrastructura acestuia, practicile de afaceri, strategiile convingătoare și utilizarea prelucrării automatizate și a datelor cu caracter personal și a supravegherii, precum și posibilele efecte negative ale digitalizării asupra societăților. Profesorii, în special cei care desfășoară activități de educație digitală și de educație sexuală și privind sănătatea reproducerii, ar trebui să fie instruiți cu privire la garanțiile legate de mediul digital.

[28] Comentariul general nr. 20 (2016), para. 47

7. Protecția specială a copiilor aflați în situații vulnerabile

Mediul digital poate oferi copiilor care trăiesc în situații vulnerabile, inclusiv copiilor aflați în conflicte armate, strămutaților, migranților, care solicită azil și refugiaților, copiilor neînsoțiți, copiilor străzilor și copiilor afectați de dezastre naturale, accesul la informații care salvează vieți, care sunt vitale pentru protecția lor. Mediul digital le poate permite, de asemenea, să mențină contactul cu familiile lor, să le permită accesul la educație, sănătate și alte servicii de bază și să le permită să obțină hrană și adăpost în condiții de siguranță. Statele părți ar trebui să asigure accesul sigur, privat și benefic al acestor copii la mediul digital și să îi protejeze de toate formele de violență, exploatare și abuz.

Statele părți ar trebui să se asigure că copiii nu sunt recrutați sau utilizați în conflicte, inclusiv conflicte armate, prin intermediul mediului digital. Aceasta include prevenirea, incriminarea și sancționarea diverselor forme de solicitare și câștigarea încrederii copiilor facilitate de tehnologie, de exemplu, prin utilizarea platformelor de rețele sociale sau a serviciilor de chat în jocurile online.

Natura transfrontalieră și transnațională a mediului digital necesită o cooperare internațională și regională puternică, pentru a se asigura că toate părțile interesate, inclusiv statele, companiile și alți actori respectă, protejează și realizează în mod eficient drepturile copiilor în ceea ce privește mediul digital. Prin urmare, este esențial ca, în ceea ce privește mediul digital, Statele părți să coopereze bilateral și multilateral cu organizațiile neguvernamentale naționale și internaționale, cu agențiile Organizației Națiunilor Unite, cu companiile și organizațiile specializate în protecția copilului și drepturile omului.

Statele părți ar trebui să promoveze și să contribuie la schimbul internațional și regional de expertiză și de bune practici și să instituie și să promoveze consolidarea capacităților, resurse, standarde, reglementări și protecții dincolo de frontierele naționale, care să permită realizarea drepturilor copiilor în mediul digital de către toate statele. Acestea ar trebui să încurajeze formularea unei definiții comune a ceea ce constituie o CRC/C/GC/25 22 infracțiune în mediul digital, asistența judiciară reciprocă și colectarea și împărtășirea în comun a probelor.

Statele părți ar trebui să se asigure că prezentul Comentariu general este difuzat pe scară largă, inclusiv prin utilizarea tehnologiilor digitale, tuturor părților interesate relevante, în special parlamentelor și autorităților guvernamentale, inclusiv celor responsabili de transformarea digitală transversală și sectorială, precum și membrilor sistemului judiciar, companiilor, mass-mediei, societății civile și publicului larg, educatorilor și copiilor și este pus la dispoziție în mai multe formate și limbi, inclusiv versiunile adecvate vârstei.

Concluzii

În contextul pandemic actual, procesul de digitalizare a cunoscut o dezvoltare accelerată. Drepturile fiecărui copil trebuie respectate, protejate și realizate în mediul digital. Inovațiile în domeniul tehnologiilor digitale afectează viața copiilor și drepturile acestora în moduri ample și interdependente, chiar și în cazul în care copiii nu accesează ei înșiși internetul.

Accesul semnificativ la tehnologiile digitale poate sprijini copiii să realizeze întreaga gamă a drepturilor lor civile, politice, culturale, economice și sociale. Cu toate acestea, dacă nu este realizată incluziunea digitală, este posibil să se accentueze inegalitățile existente sau să apară altele noi. Educația digitală trebuie predată în scoli, ca parte a programelor de învățământ de bază, începând cu nivelul preșcolar și continuând pe parcursul celorlalți ani școlari. Copiii trebuie să se bucure de acces la informații în condiții de respectare a datelor lor personale. Ca o expresie a respectului acordat vieții lor private, copii nu trebuie supravegheați din ce grupuri virtuale fac parte. În virtutea respectării interesului superior al copilului, copiii separați de unul sau de ambii părinți trebuie să aibă posibilitatea să țină legătura cu aceștia prin mediul digital.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-14

Considerații privind abordarea discriminărilor în dreptul român, în trecut și în prezent

Remarks on the Tackling of the Discriminations in Romanian Law, in the Past and in the Present

EMANOIL CORNELIU MOGÎRZAN[1]

Rezumat: Începută timid în prima parte a secolului XX, înlăturarea discriminărilor a continuat întrucâtva sub regimul comunist, care avea o atitudine generală ostilă față de paradigma drepturilor omului. După decembrie 1989 fenomenul discriminatoriu a fost abordat prin racordarea la standardele dreptului internațional și prin adoptarea de noi instrumente legale. În contextul începerii negocierilor pentru intrarea în Uniunea Europeană, a fost adoptat actul general în materie, Ordonanța Guvernului nr. 137/2000. Legislația nediscriminării a fost modificată în mai multe rânduri, fără preocupări pentru asigurarea coerenței între dispozițiile din diferitele acte normative. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării are un rol important în aplicarea dreptului nediscriminării, dar se află sub presiunea insuficienței resurselor umane și materiale. Persistența unor atitudini și comportamente discriminatorii cu urmări grave arată că pentru soluții de durată construcțiile juridice nu sunt suficiente, educația fiind esențială.

Cuvinte-cheie: discriminare, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, drept, educație

Abstract: Timidly begun in the first part of the 20th century, the removing of the discriminations had continued to some extent under the communist regime, which maintained a general hostile attitude towards the human rights paradigm. After December 1989 the phenomenon of discrimination was tackled through the connection to the standards of the international law and the adoption of new legal instruments. In the context of the start of the accession negotiations to the European Union, the general act in the field was adopted, the Government Ordinance no. 137/2000. The non-discrimination law was amended several times, without much care for coherence between the provisions from different Acts. The National Council for Combating Discrimination has an important role in the application of the non-discrimination law, but it is under the pressure of the lack of the human and material resources. The persistence of some discriminatory attitudes and behaviours with serious consequences

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: emanoil.mogirzan@uaic.ro

shows that for long term solutions the legal edifices are not enough, and the education is essential.

Keywords: discrimination, National Council for Combating Discrimination, law, education

1. Introducere

În România, discriminările ajung în atenția opiniei publice în mod sporadic, atunci când survine un eveniment cu potențial de a crește ratingul și care pentru scurt timp este difuzat în presă și, mai nou, pe internet: o declarație a unui politician, o afirmație a unui jurnalist, un incident generat de comportamentul unei galerii sportive etc. În restul timpului, mass-media pare destul de puțin interesată de plasarea subiectului pe agenda discuțiilor. Remarcabila emisiune „Fără prejudecăți", consacrată integrării sociale a persoanelor cu dizabilități, realizată de TVR Cluj și difuzată pe postul TVR 2, este singulară[2]. Tema este totuși de actualitate pentru societate, iar această observație este învederată și de controversele aprinse, de la noi și din lumea întreagă, iscate de scandalul produs la meciul de fotbal dintre Paris Saint-Germain și Başakşehir Istanbul din 8 decembrie 2020[3].

Credem că dezbaterile pe seama acestui fenomen ar trebui purtate nu doar atunci când situațiile ajung explozive. Ar contribui în primul rând la constatarea, conștientizarea manifestărilor discriminatorii, în condițiile în care multe se consumă în anonimat, iar adesea caracterul anormal al comportamentului nu este sesizat, în virtutea obișnuinței. Ulterior, eforturile se pot canaliza în direcția combaterii și mai ales a prevenirii lor. Dacă faptele de discriminare trebuie sancționate energic, pentru a se genera un efect disuasiv, considerăm că instrumentele exclusiv juridice (mai ales dacă ele se reduc la norme represive) sunt insuficiente pentru a elibera climatul social de acești poluanți agresivi. Pentru soluții de durată e nevoie de influențarea mentalităților, obiectiv ce nu poate fi atins prin constrângere.

2. Egalitate, nediscriminare

Principiul nediscriminării poate fi considerat un corolar al principiului egalității[4]. Profesorul Sudre relevă astfel că principiul non-discriminării este

[2] O premieră chiar și în plan european o constituie participarea a trei redactori cu sindromul Down. Emisiunea poate fi urmărită și pe Youtube.

[3] Vom discuta incidentul spre finalul articolului.

[4] M. Balan, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1. *Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european*, Editura Hamangiu, 2015, p. 352; M.

„provenit din postulatul general al egalei demnități a tuturor ființelor umane, proclamat de art. 1 al Declarației Universale a Drepturilor Omului”[5]. Așa cum se evocă adesea, ideea legăturii dintre egalitate și discriminare o putem regăsi la Aristotel, în Etica Nicomahică, Cartea a V-a (care tratează despre dreptate și nedreptate): „Dacă între persoane nu există egalitate, ele nu vor deține părți egale. Aici își au sursa disputele și incriminările, când cei ce sunt egali nu au sau nu primesc părți egale sau când persoane inegale au sau primesc părți egale.”[6]

Corelația dintre egalitate și discriminare a fost subliniată și de Curtea Europeană de Justiție: „interzicerea discriminării [...] nu este decât expresia specifică a principiului general al egalității, care face parte din principiile generale ale dreptului comunitar”[7]. În prezent, Curtea se raportează la Carta Drepturilor Fundamentale, statuând: „Principiul egalității de tratament constituie un principiu general al dreptului Uniunii prevăzut la articolul 20 din cartă, a cărui expresie particulară o constituie principiul nediscriminării, enunțat la articolul 21 alineatul (1) din cartă.”[8]. Cu un alt prilej, Curtea vorbește despre „principiul egalității de tratament sau al nediscriminării”[9].

Totuși, termenii *egalitate*, *egalitate de tratament* și *nediscriminare* nu pot fi considerați sinonimi, așa cum ar reieși din unele hotărâri ale instanțelor Uniunii. Principiul egalității (al egalității în fața legii) este abstract, neoferind de fapt criterii în funcție de care sar putea stabili care persoane sau situații ar trebui tratate egal sau diferit[10]. Principiul nediscriminării se bazează pe ideea că unele distincții sunt interzise. Fiind nelegitime, ele devin ilegale[11]. Vorbim de discriminare atunci când există două grupuri comparabile (sau grupuri diferite), care sunt tratate diferit (sau egal), în funcție de un criteriu de clasificare expres prevăzut de lege sau un criteriu aparent neutru, care produce în realitate același efect ca un criteriu prohibit[12].

Borgetto, *Égalité, différenciation et discrimination - ce que dit le droit*, Informations sociales, 2008/4, n° 148, p. 9.

[5] F. Sudre, *Fasc. 6523: Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit de propriété et droit à la non-discrimination*, JurisClasseur Europe Traité, 2019, nr. 86.

[6] Aristotel, *Etica Nicomahică*, 1131a, traducere de S. Petecel, Editura Științifică și Enciclopedică, 1988, p. 110.

[7] CJCE, C-168/98, Luxemburg/Parlamentul și Consiliul, 7 noiembrie 2000, EU:C:2000:598, nr. 23.

[8] CJUE, C-356/12, Glatzel/Freistaat Bayern, 22 mai 2014, EU:C:2014:350, nr. 43.

[9] De exemplu, CJCE, C-300/04, Eman și Sevinger/College van burgemeester en wethouders van Den Haag, 12 septembrie 2006, EU:C:2006:545, nr. 57.

[10] M. Balan, *op. cit.*, p. 352. A se vedea și S. Hennette Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentaux*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2020, pp. 630-632.

[11] *Ibidem*, p. 636.

[12] D. Martin, *Fasc. 602: Article 19 TFUE, articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamantaux et lutte contre les discriminations*, JurisClasseur Europe Traité, 2021, nr. 70.

3. Scurtă privire asupra trecutului, înainte de comunism

La fel ca la celelalte popoare, istoria ne oferă destule exemple de insensibilitate manifestată de români față de situația semenilor din diverse categorii sau segmente ale populației, aflați, din diferite cauze, în situație de inferioritate. E suficient să ne amintim celebra piesă „Chirița în Iași", unde discriminarea pe criterii etnice este evidentă încă de la prima scenă. Este adevărat că în piesă reprezentanta etniei discriminate dă o replică viguroasă autorilor discriminării, dar simplul fapt că ea trebuie să se plaseze în mod constant în defensivă este grăitor pentru atmosfera generală a vremii. Iar asemenea exemple găsim din plin în literatura universală. Omniprezente erau, de altfel, și discriminările sociale, după sex, religie etc.

Nu sugerăm defel dărâmarea statuilor lui Alecsandri sau scoaterea autorului din manuale. Chiar dacă există niște explicații (nu justificări!) pentru reacțiile de protest care în 2020 sau extins în multe țări occidentale[13], răfuiala violentă cu epocile apuse reprezintă o formă de intoleranță, prin impunerea retroactivă a standardelor actuale. Mai utilă ni se pare oferirea de lămuriri și organizarea de dezbateri, pentru a înțelege faptele în contextul lor istoric[14] și pentru a convinge populația că astfel de atitudini nu sunt admisibile în zilele noastre[15].

Dreptul românesc însuși din secolul al XIX-lea, în ton cu alte sisteme de drept, contribuia la întărirea mentalităților discriminatorii. Avem în vedere limitarea drepturilor politice (votul cenzitar, discriminarea după sex în materie electorală), incapacitatea civilă a femeii căsătorite, discriminarea operată de Codul Civil între copiii legitimi (din căsătorie) și cei din afara căsătoriei... În urma criticilor, cu mare greutate sa inițiat atenuarea discriminărilor. Nu vom descrie aici dezvoltarea reformelor constituționale și civile, întrucât aceste procese au fost deja bine explicate de juriști, istorici și politologi[16].

---

[13] O analiză – care nu se limitează la acțiunile asociate cu mișcarea *Black lives matter* – a cazurilor de vandalizare a statuilor unor personalități ale trecutului, precum și a variatelor motive ale protestatarilor, în Y. Doutriaux, *Faut-il déboulonner les statues?*, Revue de l'Union Européenne, nr. 646/2021, pp. 132-138.

[14] Opinii în același sens au fost exprimate și în cotidianul La Croix (*Faut-il déboulonner les statues liées au racisme ?* Propos recueillis par A.-B. Hoffner et S. Gignoux, le 11/06/2020, disponibil la https://www.la-croix.com/Debats/Forum-et-debats/Faut-deboulonner-statues-liees-racisme-2020-06-11-1201098678, accesat la 15.11.2021).

[15] O serie de bune practici, izvorâte din examinarea unor studii de caz, în Y. Doutriaux, *op. cit.*, pp. 136-138. Acestea sunt preluate din T. Ryback, M. Ellis et B. Glahn (coord.), *Contested Histories in Public Spaces: Principles, Best Practices*, London International Bar Association, 2021.

[16] În materie electorală, a se vedea, printre altele, E. Focșeneanu, *Istoria constituțională a României (1859-1991)*, ed. a II-a rev., Editura Humanitas, 1998; V. A., Iancu, Gh. Iancu, *Teoria ciclurilor constituționale*, Editura Universul Juridic, 2015, în Cap. IV. *Evoluția ciclică*

4. Perioada comunistă

În pofida unor reforme binevenite, poziția statului comunist față de fenomenul discriminărilor a stat sub semnul ipocriziei, integrându-se într-o viziune generală ostilă paradigmei drepturilor omului. Practic, diriguitorii comuniști nu aveau nicio intenție să pună în aplicare preceptele constituționale, generoase pe hârtie[17]. Constituțiile au proclamat solemn interzicerea

constituțională a României. Tradițiile democratice ale poporului român reflectate în constituțiile române, disponibil la https://sintact.ro/#/monograph/369100906/6?keyword=Iancu,%20Teoria%20ciclurilor%20constitu%C8%9Bionale&tocHit=1&cm=SFIRST, accesat la 15.11.2021; A. Radu, *Reforma sistemului electoral din România. O istorie analitică, (I)*, Sfera politicii, Vol. 20, nr. 167 (2012), pp. 3-11, disponibil la http://revistasferapoliticii.ro/sfera/pdf/Sfera_172-Rev1.pdf, accesat la 15.11.2021; *Idem*, *Reforma sistemului electoral din România O istorie analitică, (II)*, Sfera politicii, Vol. 20, nr. 172 (2012), pp. 3-11, disponibil la http://revistasferapoliticii.ro/sfera/pdf/Sfera_172-Rev1.pdf, accesat la 15.11.2021; M. Ghițulescu, *Alegerile din 1919 din Vechiul Regat. Comentarii juridico-aritmetice*, Revista Bibliotecii Academiei Române, Anul 4, Nr. 1/2019, pp. 57-71, disponibil la http://revista.biblacad.ro/wp-content/uploads/2019/10/2019_4_1_4.pdf, accesat la 15.11.2021; C. Bocancea, *Votul universal în România Mare. Pledoarii și critici doctrinare*, Polis, Vol. VII, Nr. 3 (25), Serie nouă, 2019, pp. 5-21, disponibil la http://revistapolis.ro/documente/revista/2019/Nr_3_25-2019/Polis_nr_25_septembrie2019.pdf, accesat la 15.11.2021; S. Radu, *Liberalii și problema reformei electorale în România (1866–1914) (I)*, Annales Universitatis Apulensis. Series Historica, nr. 4-5/2000-2001, pp. 131-144, disponibil la http://diam.uab.ro/istorie.uab.ro/publicatii/colectia_auash/annales_4_5/17.pdf, accesat la 15.11.2021; *Idem*, *Liberalii și problema reformei electorale în România (1866–1914) (II)*, Annales Universitatis Apulensis. Series Historica, nr. 6/I, 2002, disponibil la http://diam.uab.ro/istorie.uab.ro/publicatii/colectia_auash/annales_6/18.pdf, accesat la 15.11.2021.

Despre mișcarea feministă din perioada anterioară celui deal doilea război mondial, care a izbutit să influențeze ameliorarea drepturilor politice ale femeilor, A. Petrescu, *Femeia în imaginarul politic*, Editura Ars Docendi, București, 2008 (unde se face o cercetare comparatistă a feminismului european); M. Negru, *Din istoria Consiliului Național al Femeilor Române*, Revista arhivelor, nr. 1-2/2015, pp. 155-156, disponibil la http://arhivelenationale.ro/site/wp-content/uploads/2018/06/RA-2015-12-negru-monica.pdf, accesat la 15.11.2021.

Evoluția legislației civile este analizată cu finețe de M. D. Bob și E. Florian, în Capitolul II din lucrarea M. D. Bob (coord.), *Familie si moștenire în Romania*, Editura Universul Juridic, 2017, disponibil la https://sintact.ro/#/monograph/369099586/ 4?keyword=Bob%20 (coord.),%20Familie%20si%20mo%C8%99tenire%20%C3%AEn%20Romania&tocHit=1&cm=SFIRST, accesat la 15.11.2021. De altfel, întreaga carte iese din tiparul prezentării abstracte a dreptului succesoral, aducând la lumină contextele istorice și reverberațiile produse de normele juridice în viața societății.

[17] Cf. M. Balan, *op. cit.*, p. 254; cf. Ș. Deaconu, *Drepturile și libertățile fundamentale în sistemul constituțional românesc*, Revista Română de Drept Privat nr. 4/2011, disponibil la

discriminărilor. Dreptul de a vota și de a candida pentru funcții publice a fost extins la toți cei care împliniseră 18, respectiv 23 de ani, dar era vidat de conținut, în lipsa unor opțiuni veritabile. Pe de altă parte, înseși textele constituționale consfințeau diferența funciară de tratament dintre membrii partidului unic [„cetățenii cei mai înaintați și mai conștienți" (art. 26 Constituția din 1965) sau „cetățenii cei mai activi și mai conștienți" (art. 86 Constituția din 1952)] și restul cetățenilor.

Totuși, acel regim a pus capăt unor discriminări legale care, în Vest, sau perpetuat câteva decenii. Amintim că în Franța, până în 1965, femeia căsătorită se afla sub tutela soțului și nu deținea dreptul de a avea un cont bancar și de a încheia un contract de muncă fără consimțământul acestuia[18]. Menționăm alte câteva exemple de discriminări. Începând cu 1972, legiuitorul francez s-a străduit să elimine discriminările dintre copiii din afara căsătoriei și cei din căsătorie în materie succesorală, dar, pentru a atinge acest deziderat, a trebuit să fie „stimulat" și de intervenția repetată a Curții Europene a Drepturilor Omului, a cărei ultimă decizie de condamnare a Franței pricinuită de situația copiilor „adulterini" a fost pronunțată în 2019… De altfel, și Belgia, și Austria au ajuns în situația de a fi penalizate de forul european pentru condiția juridică inferioară a copiilor din afara căsătoriei[19]. Apoi, în optica patronatelor europene ideea discriminării dintre bărbați și femei în materie de relații de muncă era atât de adânc implantată (ca și pentru mediul politic, ce se complăcea în obișnuințele moștenite), încât a fost nevoie de tenacitatea exemplară a militantei feministe Éliane Vogel-Polsky[20], avocata care a izbutit să convingă Curtea de Justiție să realizeze o interpretare teleologică îndrăzneață a fostului art. 119 TCEE (azi art. 157 TFUE) în speța Defrenne II[21], pentru a determina reforme atât la scara Comunității Europene, cât și la nivelul statelor membre. Or, în România comunistă, discriminările de ordin legal dintre copiii din căsătorie și cei din afara căsătoriei, precum și cele dintre sexe fuseseră eliminate încă de la începutul anilor '50[22].

https://sintact.ro/#/publication/151006378?keyword=Deaconu,%20Drepturile%20%C8%99i%20libert%C4%83%C8%9Bile%20fundamentale%20%C3%AEn%20sistemul%20constitu%C8%9Bional%20rom%C3%A2nesc&cm=SFIRST, accesat la 15.11.2021.

[18] Reforma a fost acceptată destul de greu. După o inițiativă legislativă eșuată, proiectul Legii franceze din 13 iulie 1965 – care totuși nu a emancipat complet femeia căsătorită – a fost redactat de marele civilist Jean Carbonnier [P. Lagarde, *Succession*, Répertoire de droit international, Dalloz, 2015 (actualisation 2020), nr. 146-152].

[19] *Ibidem*, nr. 146.

[20] *Agir pour les droits des femmes. Entretiens avec Éliane Vogel-Polsky*, Raisons politiques, 2003/2 (no. 10), mai ales pp. 143-146, disponibil la https://www.cairn.info/revue-raisons- politiques-2003-2-page-139.htm, accesat la 15.11.2021.

[21] CJCE, cauza 43/75, Defrenne /SABENA (Defrenne II), 8 aprilie 1976, EU:C:1976:56.

[22] Dincolo de prevederile constituționale, notăm art. 4 Decretul nr. 31/1952, art. 63 Codul familiei din 1954.

Totuși, diferența dintre așa-numita „orânduire socialistă" și societatea capitalistă era una de esență. Fără să deschidem o discuție ce excedează orizontul temei propuse, relevăm mai întâi că în lumea liberă victimele – ale discriminărilor, în cazul analizat – dispuneau de posibilități reale de acțiune: pe de o parte, funcționau căile politice, reflectate, mai devreme sau mai târziu, în reforme legislative; pe de altă parte, atunci când partidele politice nu ieșeau din inerție, erau accesibile căi administrative și mai ales jurisdicționale. Dacă și practica judiciară națională rămânea impenetrabilă la ideile noi, petenții aveau acces, așa cum am văzut, la mijloacele de protecție jurisdicțională de la nivelul european (comunitar sau convențional – în sfera CEDO). ONG-urile de profil își puteau desfășura nestingherite activitatea, iar presa, deși vreme îndelungată influențată și ea de prejudecăți, era liberă.

În schimb, în regimul comunist din România domnea o liniște sumbră. Într-o societate înghețată, încorsetată în clișee și tabuuri, cei care îndrăzneau să pretindă că sar putea da conținut drepturilor afișate de constituții (libertatea cuvântului, de asociere, a presei, libertatea religioasă...) deveneau paratrăsnete care atrăgeau o enormă energie distructivă, capabilă să le altereze întreg cursul vieții.

Pe de altă parte, trăsătura fundamentală a unui regim comunist, discrepanța dintre textele juridice și realitate se manifesta și în sfera discriminărilor. Interzise în drept, discriminările dintre bărbați și femei se întâlneau frecvent în fapt, la locul de muncă sau chiar în familie, fără ca femeile discriminate să aibă la dispoziție căi reale de a se apăra[23]. Emanciparea femeii a fost doar aparentă, întrucât s-a tradus în asumarea unor responsabilități suplimentare față de cele tradiționale[24]. În plus, pe nedrept propaganda comunistă și-a atribuit întregul merit pentru egalizarea statutului juridic al copiilor din afara căsătoriei cu cel al copiilor din căsătorie. În realitate, reformele în acest sens au fost pregătite de pledoariile în favoarea reformelor susținute de civiliști încă de la începutul secolului XX[25].

5. Postcomunism. Construirea unei legislații dedicate luptei împotriva discriminării

În regimul postdecembrist, lucrurile au început să se miște într-o direcție pozitivă, cel puțin dacă avem în vedere nivelul normativ. Constituția a garantat

[23] G. Arun, *Violență și discriminare*, Deutsche Welle, 14.08.2020, disponibil la https://p.dw.com/p/3gvku, accesat la 15.11.2021.

[24] P. Cîrdei, *Femeia comunistă între realitate, doctrină și propagandă.*, Annals of the University of Bucharest/Political science series, 14 (2), 2012, pp. 77-83, disponibil la https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-389976, accesat la 15.11.21; M. D. Bob, în M. D. Bob (coord.), *op. cit.*, Cap. II, nr. 74.

[25] E. Florian, în M. D. Bob (coord.), *op. cit.*, Cap. II, nr. 7.

principiul egalității în fața legii și interzicerea discriminărilor. Potrivit art. 4 alin. (2), *România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, de naționalitate, de origine etnică, de limbă, de religie, de sex, de opinie, de apartenență politică, de avere sau de origine socială.* Art. 16 alin. (1) prevede: *Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări.* Stabilind niște limite ale libertății de exprimare, art. 30 alin. (7) dispune, printre altele, că sunt interzise de lege *îndemnul la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă*, precum și *incitarea la discriminare.*

În 1993 România a ratificat Protocolul facultativ nr. 1 la Pactul internațional din 16 decembrie 1966 cu privire la drepturile civile și politice, care pune la dispoziția persoanelor fizice din statele semnatare ale Pactului care se consideră victime ale încălcării drepturilor omului posibilitatea de a sesiza Comitetul Drepturilor Omului[26]. În 1994 țara noastră a ratificat Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (Convenția Europeană a Drepturilor Omului).

Totuși, mentalitățile anchilozate au lăsat urme și după căderea lui Ceaușescu. De exemplu, autorităților administrative și judiciare române nu lea fost deloc ușor să interiorizeze noul spirit al prevederilor constituționale și al instrumentelor internaționale ce consfințeau drepturile fundamentale. Ne gândim în primul rând la tribulațiile generate de hotărârile judecătorești din materia restituirilor de imobile adoptate în anii 90, o fază prea puțin glorioasă din istoria recentă a justiției române[27].

Perspectiva intrării României în Uniunea Europeană a impulsionat reformele. Ordonanța Guvernului nr. 137 din 31 august 2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare[28] a fost adoptată în cadrul eforturilor țării noastre de ași însuși într-un ritm cât mai alert acquis-ul comunitar[29], la foarte scurt timp după Directiva 2000/43/CE a Consiliului din 29 iunie 2000 de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între

[26] I. M. Costea, E. C. Mogîrzan, *Non-discriminare și egalitate de tratament*, în T. Toader, C. T. Ungureanu, O. A. Urda (coord.), *Ghid de lucru – teorie, studii de caz, bune practici la nivel național și internațional din domeniul științelor juridice*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, 2020, pp. 13-14.

[27] A se vedea, de exemplu, V. Stan, M. Macovei, *Restituirea proprietăților confiscate abuziv de statul roman: legislație și practică*, disponibil la http://valerianstan.ro/admin/spaw/uploads/files/2.%20Studiul%20Restituirea%20proprietatilor%20confiscate%20abuziv%20de%20statul%20roman%20-%20legislatie%20si%20practica%20(mai%202001).pdf, accesat la 15.11.2021.

[28] Publicată inițial în M.Of. nr. 431, 2.09.2000. Ulterior, O.G. nr. 137/2000 a fost completată pentru a realiza transpunerea integrală a directivelor 2000/43 și 2000/78, dar a suferit și alte modificări, care au necesitat republicarea sa, în M.Of. nr. 166, 7.03.2014.

[29] Amintim că la 15 februarie 2000 sau deschis oficial negocierile de aderare la Uniunea Europeană.

persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică[30] (directiva privind discriminarea rasială). Câteva luni mai târziu Consiliul a adoptat un alt act de referință, Directiva 2000/78/CE din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă[31].

Este de remarcat că O.G. nr. 137/2000 îngloba, încă din forma sa inițială, o arie mult mai largă de motive de discriminare decât cea vizată de directivele comunitare[32]. De asemenea, în acord cu art. 13 din aceeași directivă, ce impunea

[30] JO L 180, 19.7.2000, p. 22-26 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), ediție specială în limba română: capitol 20 volum 001 pp. 19 – 23.

[31] JO L 303, 2.12.2000, p. 16-22 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV), ediție specială în limba română: capitol 05 volum 006 pp. 7 – 13.

Povestea prevederilor comunitare în materie de combaterea discriminărilor fără conexiune directă cu piața comună sau piața internă e interesantă. Articolul 13 din Tratatul CE (astăzi art. 19 TFUE), care constituie temeiul juridic pentru adoptarea directivelor contra discriminărilor, a fost adoptat cu destulă reticență de statele membre (prin Tratatul de la Amsterdam), în urma unui lobby intens al societății civile, în cadrul căreia sa remarcat o coaliție de peste 400 de ONG-uri, numită The Starting Line Group (în interiorul ei, rolul principal lau jucat o asociație britanică și una olandeză). Grupul a influențat și adoptarea directivelor din anul 2000 [G. Calvès, *L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination*, în J.-B. Auby (coord.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris, 2010, p. 490; *Starting Line*, https://www.migpolgroup.com/_old/anti-discrimination-equality/starting-line/, accesat la 15.11.2021; European Parliament, Directorate-General for Research, *European Union Anti-Discrimination Policy: From Equal Opportunities Between Women And Men To Combating Racism*, Working document, Public Liberties Series, LIBE 102 EN, 1997, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/libe/102/text1_en.htm, accesat la 15.11.2021]. Notăm că Parlamentul European a impulsionat în mod constant adoptarea de măsuri antidiscriminare.

În condițiile în care Consiliul decidea în unanimitate (procedură menținută și după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona), iar statele membre nu manifestau o reală voință pentru a se folosi de perspectivele oferite de noua prevedere de drept primar (I. Chopin, *Article 13: A New Challenge For European Institutions*, Migration Policy Group, Brussels, 1999, p. 6, https://www.migpolgroup.com/_old/wp-content/uploads/2016/10/113.Article13-ANewChallengeforEuropeanInstitutions_EN_01.99.pdf, accesat la 15.11.2021), cu excepția Danemarcei și a Olandei (*Ibidem*, p. 11), Directivele 2000/43 și 2000/78 au fost adoptate foarte repede. Acest lucru se explică prin unda de șoc produsă atunci de venirea la putere în Austria a Partidului Libertății, de extremă dreapta (G. Calvès, *op. cit.*, p. 490; D. Martin, *op. cit.*, nr. 47; I. M. Costea, E. C. Mogîrzan, *op. cit.*, p. 18).

[32] O propunere de directivă care ar completa motivele de discriminare la scara Uniunii, înaintată de Comisie în 2008 [Propunere de directivă a Consiliului cu privire la punerea în aplicare a principiului tratamentului egal al persoanelor indiferent de religie sau convingeri, handicap, vârstă sau orientare sexuală, COM (2008) 426 final], pentru care avizul Parlamentului European, în procedura de consultare, a fost publicat în 2010,

statelor membre să desemneze organisme specializate în lupta împotriva discriminării, ordonanța preconiza înființarea Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării (în continuare, CNCD)[33], lăsând totuși reglementarea efectivă a instituției pe seama unei viitoare hotărâri de guvern.

Dacă O.G. nr. 137/2000 prevedea în varianta originară doar discriminarea directă, astăzi reglementează și discriminarea indirectă, la art. 2 alin. (3):

Art. 2 alin. (1): *Potrivit prezentei ordonanțe, prin discriminare se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice.*

Art. 2 (2): *Dispoziția de a discrimina persoanele pe oricare dintre temeiurile prevăzute la alin. (1) este considerată discriminare în înțelesul prezentei ordonanțe.*

Art. 2 (3): *Sunt discriminatorii, potrivit prezentei ordonanțe, prevederile, criteriile sau practicile aparent neutre care dezavantajează anumite persoane, pe baza criteriilor prevăzute la alin. (1), față de alte persoane, în afara cazului în care aceste prevederi, criterii sau practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim, iar metodele de atingere a acelui scop sunt adecvate și necesare.*

---

trenează pe masa Consiliului. Având în vedere cerința votului în unanimitate, sunt slabe șanse de a fi adoptată, în climatul politic actual din unele state membre.

[33] Mai târziu, o astfel de entitate a fost prevăzută și de art. 20 Directiva 2006/54/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 iulie 2006 privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă (reformă) [JO L 204, 26.7.2006, p. 23-36 (ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, SK, SL, FI, SV), ediție specială în limba română: capitol 05 volum 008 p. 262 – 275]. Directiva a abrogat Directiva 2002/73/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 septembrie 2002 de modificare a Directivei 76/207/CEE a Consiliului privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în ceea ce privește accesul la încadrarea în muncă, la formarea și la promovarea profesională, precum și condițiile de muncă, care adăugase art. 8a la Directiva 76/207, ce trasa aceeași obligație pentru statele membre. Și Consiliul Europei cere statelor membre să înființeze instituții de promovare a egalității [European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *General Policy Recommendation No. 2 on Equality Bodies to combat racism and intolerance at national level*, 7 December 2017, disponibil la https://rm.coe.int/ecri-general-policy-/16808b5a23, accesat la 15.11.2021].

6. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării

Adoptarea unor dispoziții sancționatorii reprezintă doar un pas în combaterea discriminărilor. Importantă este și stabilirea unui cadru juridic prielnic pentru aplicarea dispozițiilor legale, cât mai accesibil pentru persoanele care se consideră discriminate. Crearea CNCD, care poate constata și sancționa faptele de discriminare prevăzute de O.G. nr. 137/2000, reprezintă un progres în acest sens. CNCD are în competență toate faptele de discriminare prevăzute de O.G. nr. 137/2000, așadar poate lua măsuri inclusiv în domenii unde directivele nu impune înființarea unei autorități naționale speciale[34]. Competența de a aplica amenzi particularizează CNCD pe plan european. Cele mai multe instituții de profil naționale, chiar atunci când îndeplinesc funcții cvasi-judiciare, adoptă decizii fără caracter obligatoriu. Totuși, și Autoritatea pentru Tratament Egal (Egyenlő Bánásmód Hatóság/Equal Treatment Authority) din Ungaria putea da amenzi și este de menționat că aceasta șia câștigat respectul și încrederea publică prin activitatea sa independentă din punct de vedere politic și deciziile curajoase. În 2021 însă, autoritatea maghiară a fost desființată (printr-o modificare legislativă adoptată foarte repede, în plină pandemie, fără consultări publice), atribuțiile fiind preluate de Comisarul pentru Drepturile Omului (Ombudsmanul maghiar). Deși Comisarul pentru Drepturile Omului a preluat atribuțiile fostei autorități, inclusiv cele de sancționare, problema constă în lipsa de eficiență și de independență dovedită în timpul activității sale[35]. În Albania, țară candidată la UE, Comisarul pentru Protecția împotriva Discriminării poate de asemenea da amenzi[36].

În prima fază a existenței sale, CNCD sa aflat în subordinea guvernului, ceea ce îi afecta în mod clar independența. Astăzi, acest lucru sa mai remediat. Membrii Colegiului director sunt propuși și numiți de cele două Camere ale Parlamentului. Totuși, instituția nu este ferită de interferențe din partea

[34] Directiva 2000/78 nu stabilea crearea unui asemenea organ.

[35] Opinion on the amendments to the Act on Equal Treatment and Promotion of Equal Opportunities and to the Act on the Commissioner for Fundamental Rights as adopted by the Hungarian parliament in December 2020, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session (Venice and online, 15-16 October 2021), CDL-AD (2021)034-e, disponibil la https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD (2021)034-e, accesat la 15.11.2021. Comisarul pentru Drepturile Omului al Consiliului Europei a criticat sever încetarea activității Autorității pentru Tratament Egal (disponibil la https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-hungary-s-parliament-to-postpone-the-vote-on-draft-bills-that-if-adopted-will-have-far-reaching-adverse-effects-on-human-rights-in-), ca și ONG-urile care militează pentru protejarea drepturilor omului în Ungaria (a se vedea declarația coaliției „Civilizáció", disponibil la https://helsinki.hu/wp-content/uploads/Equal-Treatment-Authority_Civilizacio-statement_26112020.pdf, accesate la 15.11.2021).

[36] https://equineteurope.org/author/albania_cpd/, accesat la 15.11.2021.

factorului politic. Astfel, în 2018 a fost nevoie de intervenția Curții Constituționale pentru a remedia numirea de către Parlament în Colegiul director a unei persoane care nu îndeplinea condițiile prevăzute de art. 23 alin. (4) O.G. nr. 137/2000[37]. Pe de altă parte, se observă o tratare mai blândă a derapajelor politicienilor, pentru care adesea avertismentul este considerat o sancțiune îndestulătoare, în comparație cu faptele jurnaliștilor, judecate mult mai aspru.

O dificultate adesea menționată în diversele rapoarte de monitorizare a combaterii discriminărilor o constituie insuficiența resurselor CNCD[38]. Chiar și acum schema de personal nu este completă. Pe de altă parte, participarea CNCD, în calitate de „consultant judiciar", la toate procesele în care se ridică probleme de discriminare, pentru a emite puncte de vedere de specialitate[39], este foarte utilă pentru soluționarea cauzelor, dar pune o presiune enormă pe experții CNCD. Or, există o varietate de alte acțiuni pe care trebuie să le asigure CNCD: controale în cadrul investigării dosarelor, reprezentarea juridică a intereselor CNCD, diseminarea cât mai largă a experienței dobândite în cele două decenii de funcționare, activități în direcția prevenirii actelor de discriminare (extrem de necesare în țara noastră).

7. O legislație din ce în mai amplă, nu totdeauna coerentă

Dacă O.G. nr. 137/2000 reprezintă actul general în domeniu, există prevederi contra discriminării[40] și în Codul penal, Codul muncii, Legea nr. 202/2002[41]. În ultimii ani sau adus multe modificări, fără a se urmări însă o coerență între actele normative. Dăm doar un singur exemplu, dintr-o serie

[37] Decizia Curții Constituționale nr. 434/2018 referitoare la sesizarea de neconstituționalitate privind Hotărârea Parlamentului României nr. 21/2018 privind numirea unui membru al Colegiului director al Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării, publicată în M.Of. nr. 617, 18.07.2018, în urma căreia Parlamentul a dispus revocarea din funcție a membrului în cauză.

[38] A se vedea, de exemplu, R. Iordache, *Country report - Non-discrimination. Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/78 – Romania*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, p. 6, https://www.equalitylaw.eu/downloads/5492-romania-country-report-non-discrimination-2021-1-34-mb, ca și declarațiile recente ale dlui Asztalos Csaba, președintele colegiului director al CNCD (https://www.agerpres.ro/social/ 2021/10/28/ asztalos-csaba-cncd-avem-nevoie-de-predictibilitate-in-jurisprudenta-antidiscriminare--804792), accesate la 15.11.2021.

[39] În anul 2020 au fost formulate astfel de puncte de vedere în 1533 de cauze aflate pe rolul instanțelor (CNCD, *Raport de activitate 2020*, p. 46, https://www.cncd.ro/wp-content/uploads/2021/04/Raport-de-activitate-CNCD-2020.pdf, accesat la 15.11.2021).

[40] A se vedea R. Iordache, *op. cit.*, p. 7.

[41] Legea nr. 202 din 19 aprilie 2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, republicată în M.Of. nr. 326, 5.06.2013.

destul de largă. Discriminarea prin asociere a fost introdusă în Codul muncii prin Legea nr. 151/2020[42]. Potrivit art. 5 alin. (6) Codul muncii, ea constă *din orice act sau faptă de discriminare săvârșit (ă) împotriva unei persoane care, deși nu face parte dintr-o categorie de persoane identificată potrivit criteriilor prevăzute la alin. (2), este asociată sau prezumată a fi asociată cu una sau mai multe persoane aparținând unei astfel de categorii de persoane.* Fără îndoială, pentru că prezintă o anumită subtilitate, este utilă consacrarea la nivel de lege a interzicerii acestei forme de discriminare, recunoscute de Curtea de Justiție[43] și mai târziu de Curtea Europeană a Drepturilor Omului[44]. Din moment ce nu este un fenomen care să se limiteze la sfera muncii, apreciem că ar fi fost oportună prevederea ei în reglementarea-cadru, O.G. nr. 137/2000. De altfel, exista modelul Legii nr. 121/2012 cu privire la asigurarea egalității din Republica Moldova, care definește discriminarea prin asociere în art. 2.

8. Persistența unor atitudini și comportamente discriminatorii

Stăvilirea fenomenului discriminatoriu cunoaște și sincope. După ce România a intrat în Uniunea Europeană, sa constatat și o amplificare a discursului și a comportamentului extremist față de grupurile vulnerabile (romi, minorități sexuale și religioase), mai ales în anii electorali[45]. Atitudinea față de persoanele cu dizabilități sau infectate cu HIV, inclusiv a autorităților sau a personalului medical care ar trebui să le asigure îngrijirea rămâne alarmantă. Fapte grave, nu lipsite de motivație discriminatorie, continuă să se înregistreze. Se pare că nu sau tras învățăminte în urma deciziei CEDO pronunțate în cauza Centrul de Resurse Juridice în numele lui Valentin Câmpeanu[46]. Aceste devieri

[42] Publicată în M.Of. nr. 858, 24.07.2020.

[43] CJCE, 17 iulie 2008, Coleman/Attridge Law și Steve Law, EU:C:2008:415.

[44] Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Cameră, Molla Sali împotriva/Grecia, 19 decembrie 2018, nr. 20452/14, disponibil la http://hudoc.echr.coe.int/ eng?i=001-203366, accesat la 15.11.2021.

[45] R. Iordache, *op. cit.*, p. 5. A se vedea și constatările din Raportul privind drepturile omului al Departamentului de Stat al S.U.A. (disponibil la https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/03/ROMANIA-2020-HUMAN-RIGHTS-REPORT.pdf, accesat la 15.11.2021).

[46] CEDO, Marea Cameră, Hotărârea din 17 iulie 2014, Centrul de Resurse Juridice în numele lui Valentin Câmpeanu împotriva României, nr. 47848/08. În această speță forul european nu a mai examinat încălcarea art. 14, raportat la art. 2 din Convenție. Totuși, în opinia parțial separată comună a judecătorilor Ziemele și Bianku, se argumentează convingător că se pot distinge motive discriminatorii (handicap mintal grav, infectare cu HIV, etnie romă) la baza comportamentului cadrelor medicale care a dus la decesul prematur. Un alt caz, recent dat publicității, care, dacă nu implică discriminarea, pune în evidență o lipsă șocantă de umanitate față de persoanele cu dizabilități: Centrul de Resurse Juridice, *Scrisoare deschisă: Georgiana, un om sau doar o cifră?*, 3.12.2021,

trebuie scoase la lumină pentru a fi sancționate legal, nu mușamalizate, întrucât demonstrează cât de eficient funcționează în fapt edificiul juridic în materia discriminărilor...

Revenind la incidentul de notorietate din partida de fotbal dintre Paris Saint-Germain și Başakşehir Istanbul, tumultul a fost declanșat de apropierea fonetică dintre un cuvânt român lipsit de conotații negative, pe de o parte, și un cuvânt francez cu moștenire întunecată din perioada colonială (*nègre*[47]) și doi termeni din limba engleză, unul cu sens depreciativ (*negro*), iar altul rasist (*nigger*), pe de altă parte. Întemeindu-se pe raportul lingvistic al unui „expert recunoscut", Comisia de control, etică și disciplină UEFA a sancționat arbitrii români pentru încălcarea dispozițiilor referitoare la obligația de a se comporta într-un mod profesionist și adecvat, dar nu și pentru încălcarea art. 14 din Regulamentul disciplinar UEFA (rasism și alte conduite discriminatorii)[48]. Comisia a mai atras atenția asupra alegerii atente a limbajului utilizat de participanții la competiții unde se întâlnesc jucători și oficiali de naționalități, rase, religii și culturi diferite[49].

Situația este delicată. Se observă din acest caz larg mediatizat rolul esențial al limbajului. De altfel, chiar dacă intenția de a discrimina lipsește, simpla definire (identificare) a unei persoane după criteriul culorii pielii este contestabilă. Așa cum formula un autor, într-un mod plastic, a defini o persoană ca negru înseamnă a o „închide în temnița aparențelor", pentru că ea se definește ca om, nu ca negru, așadar nu după aparența dată de culoarea pielii[50]. Pe de altă

disponibil la http://www.crj.ro/scrisoare-deschisa-georgiana-un-om-sau-doar-o-cifra/, accesat la 5.12.2021. Relatările despre discriminări sunt numeroase. Un exemplu din lumea universitară privește situația a trei studente nevăzătoare: I.B., *Dispreț, discriminare și lipsă de umanitate. Poveștile cutremurătoare a trei tinere nevăzătoare studente la Facultatea de litere*, 11.06.2019, HotNews.ro, disponibil la https://www.hotnews.ro/stiri-educatie-23199320-dispret-discriminare-lipsa-umanitate-povestile-cutremuratoare-trei-tinere-nevazatoare-studente-facultatea-litere.htm, accesat la 15.11.2021.

[47] Anne Chemin, *«Nègre», ce mot lourd du racisme et des crimes qui l'ont forgé*, Le monde, 22.01.2021, disponibil la https://www.lemonde.fr/societe/article/ 2021/01/22/ negre-ce-mot-lourd-du-racisme-et-des-crimes-qui-l-ont-forge_6067170_3224.html, accesat la 15.11.2021.

[48] Totuși, decizia cu privire la acest punct a Comisiei de control, etică și disciplină sa luat cu majoritate de voturi. Așadar, cel puțin un membru a conchis că exprimarea era discriminatorie, dacă nu rasistă.

[49] Decision of the Control, Ethics and Disciplinary Body on 4 March 2021, disponibil la https://editorial.uefa.com/resources/0267-11d35c0e0166-c93291813dad-1000/ 2021.03.08_dg_mr.coltescu_web.pdf, accesat la 15.11.2021.

[50] În întâlnirea organizată pe canalul de pe Youtube al lui Cristian Presură, care la avut ca invitat special pe István Horváth (disponibil la https://www.youtube.com/watch?v=-rWwm88qCAg, accesat la 15.11.2021).

parte, fără a cădea în capcana corectitudinii politice[51] devenite dogmă în zilele noastre, credem că a numi „handicapat" o persoană prezentând o dizabilitate înseamnă a proiecta asupra acesteia o imagine depreciativă.

9. În chip de concluzie. Insuficiența regulilor de drept și importanța educației în abordarea discriminărilor

În ce privește dezvoltarea unei mentalități mai prietenoase față de drepturile omului, în general, și față de nediscriminare, în special, normele (mai ales cele sancționatoare) produc efecte limitate. Firește, a le îmbunătăți este imperativ: trebuie eliminat paralelismul legislativ și creat un sistem coerent de combatere a faptelor de discriminare, însoțit de măsuri de protecție a persoanelor vulnerabile.

Educația este însă esențială. Discuția pe marginea subiectului este amplă, iar aici schițăm doar câteva idei, mai ales din perspectiva dreptului. Ideal ar fi ca educația în familie și cea în școală să se completeze și să se susțină una pe alta[52]. Destui copii din țara noastră trăiesc într-un mediu care nu le oferă modele de conduită, iar în multe locuințe stereotipurile sunt preluate și transmise descendenților. În aceste condiții, școala rămâne soluția principală. Totul e ca școala să nu devină ea însăși o problemă (eventual suplimentară). Nu ne referim la calitatea programelor școlare: chiar dacă ar fi excelent concepute, acestea prind viață numai dacă există și voința de a le pune în aplicare. O simplă ilustrare: sar cuveni ca educația civică și educația socială să fie discipline de prim rang în formarea tinerei generații. Or, în ce măsură se studiază cu adevărat educația civică în clasă, în condițiile în care școlile primare considerate „bune" sunt dominate de țelul reușitei copiilor la examenul de admitere în clasa a V-a, unde sunt cerute doar limba română și matematica? Efectele negative ale neglijării disciplinelor sociale sunt multiple[53]. În domeniul nostru de specialitate, apreciem că afectează nu doar (in)sensibilitatea față de fenomenele discriminatorii, ci și atitudinea față de drept a viitorilor adulți. O înțelegere adecvată a rolului dreptului în societate nu rezultă dintr-o revelație, ci se construiește în timp.

---

[51] Despre noțiunea de corectitudine politică, a se vedea N. Gavriluță, *Noile religii seculare. Corectitudinea politică, tehnologiile viitorului și transumanismul*, Editura Polirom, Iași, 2018, pp. 76-133.

[52] A. Pătrașcu, A. Johari, C. Nuică, B. Stolojescu, *op. cit.*, p. 2.

[53] Bineînțeles că actul educațional nu se mărginește la fidelitatea față de programă... Ajungem astfel la o veche durere a învățământului românesc: formarea profesorilor. Salutăm proiectul „Combaterea discriminării în clasă – ghid pentru profesori" ProfsAgainstDiscrimination, implementat de Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării și Institutul pentru Politici Publice (disponibil http://www.ipp.ro/profsagainstdiscrimination/, accesat la 30.12.2021)

Referințe

Aristotel, *Etica Nicomahică*, 1131a, traducere de S. Petecel, Editura Științifică și Enciclopedică, 1988, p. 110.

Arun G., *Violență și discriminare*, Deutsche Welle, 14.08.2020

Balan M., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1. *Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european*, Editura Hamangiu, 2015

Bob M. D. (coord.), *Familie si moștenire în Romania*, Editura Universul Juridic, 2017

Bocancea C., *Votul universal în România Mare. Pledoarii și critici doctrinare*, Polis, Vol. VII, Nr. 3 (25), Serie nouă, 2019, pp. 5-21

Borgetto M., *Égalité, différenciation et discrimination - ce que dit le droit*, Informations sociales, 2008/4, n° 148, p. 9.

Calvès G., *L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination*, în J.-B. Auby (coord.), *L influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris, 2010

Centrul de Resurse Juridice, *Scrisoare deschisă: Georgiana, un om sau doar o cifră?*, 3.12.2021

Chemin A., *«Nègre», ce mot lourd du racisme et des crimes qui l ont forgé*, Le monde, 22.01.2021

Chopin I., *Article 13: A New Challenge For European Institutions*, Migration Policy Group, Brussels, 1999

Cîrdei P., *Femeia comunistă între realitate, doctrină și propagandă.*, Annals of the University of Bucharest/Political science series, 14 (2), 2012, pp. 77-83

Costea I. M., Mogîrzan E. C., *Non-discriminare și egalitate de tratament*, în T. Toader, C. T. Ungureanu, O. A. Urda (coord.), *Ghid de lucru – teorie, studii de caz, bune practici la nivel național și internațional din domeniul științelor juridice*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, 2020, pp. 13-14

Deaconu Ș., *Drepturile și libertățile fundamentale în sistemul constituțional românesc*, Revista Română de Drept Privat, nr. 4/2011

Doutriaux Y., *Faut-il déboulonner les statues?*, Revue de l'Union européenne, nr. 646/2021, pp. 132-138.

Focșeneanu E., *Istoria constituțională a României (1859-1991)*, ed. a II-a, rev., Editura Humanitas, 1998;

Gavriluță N., *Noile religii seculare. Corectitudinea politică, tehnologiile viitorului și transumanismul*, Editura Polirom, Iași, 2018, pp. 76-133.

Ghițulescu M., *Alegerile din 1919 din Vechiul Regat. Comentarii juridico-aritmetice*, Revista Bibliotecii Academiei Române, Anul 4, Nr. 1/2019, pp. 57-71

Hennette Vauchez S., Roman D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentaux*, 4e éd., Dalloz, Paris, 2020, pp. 630-632.

I.B., *Dispreț, discriminare și lipsă de umanitate. Poveștile cutremurătoare a trei tinere nevăzătoare studente la Facultatea de litere*, 11.06.2019

Iancu V. A., Iancu Gh., *Teoria ciclurilor constituționale*, Editura Universul Juridic, 2015, în Cap. IV. *Evoluția ciclică constituțională a României. Tradițiile democratice ale poporului român reflectate în constituțiile române*, sintact

Iordache R., *Country report - Non-discrimination. Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/78 – Romania*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021

La Croix (*Faut-il déboulonner les statues liées au racisme?* Propos recueillis par A.-B. Hoffner et S. Gignoux, le 11/06/2020

Lagarde P., *Succession*, Répertoire de droit international, Dalloz, 2015 (actualisation 2020), nr. 146-152

Martin D., *Fasc. 602: Article 19 TFUE, articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamantaux et lutte contre les discriminations*, JurisClasseur Europe Traité, 2021, nr. 70.

Negru M., *Din istoria Consiliului Național al Femeilor Române*, Revista arhivelor, nr. 1-2/2015, pp. 155-156

Petrescu A., *Femeia în imaginarul politic*, Editura Ars Docendi, București, 2008

Radu A., *Reforma sistemului electoral din România O istorie analitică, (II)*, Sfera politicii, Vol. 20, nr. 172 (2012), pp. 3-11

Radu A., *Reforma sistemului electoral din România. O istorie analitică, (I)*, Sfera politicii, Vol. 20, nr. 167 (2012), pp. 3-11

Radu S., *Liberalii și problema reformei electorale în România (1866–1914) (I)*, Annales Universitatis Apulensis. Series Historica, nr. 4-5/2000-2001, pp. 131-144

Radu S., *Liberalii și problema reformei electorale în România (1866–1914) (II)*, Annales Universitatis Apulensis. Series Historica, nr. 6/I, 2002

Ryback T., Ellis M., Glahn B. (coord.), *Contested Histories in Public Spaces: Principles, Best Practices*, London International Bar Association, 2021

Stan V., Macovei M., *Restituirea proprietăților confiscate abuziv de statul roman: legislație și practică*, online

Sudre F., *Fasc. 6523: Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit de propriété et droit à la non-discrimination,* JurisClasseur Europe Traité, 2019, nr. 86

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-15

Legalitatea incriminării. Abordarea Curții Europene a Drepturilor Omului

Legality of Criminalization. Approach of the European Court of Human Rights

RĂZVAN-HORAŢIU RADU[1]

Rezumat: Art. 7 par. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului intitulat "*nicio pedeapsă fără lege*" garantează principiul legalității și principiul neretroactivității legii penale. Prezentul studiu face o trecere în revistă a modului în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a analizat aceste principii de-a lungul anilor. Dezvoltarea jurisprudenței în materie s-a bazat pe noțiunile autonome de "*pedeapsă*", "*condamnare*", "*infracțiune*" și "*legalitate*".

Cuvinte-cheie: principiul legalității, nicio pedeapsă fără lege, neretroactivitatea legii penale, infracțiune, pedeapsă

Abstract: Article 7 para. 1 of the European Convention on Human Rights entitled *"no punishment without law"* guarantees the principle of legality and the principle of non-retroactivity of criminal law. This study reviews how the European Court of Human Rights has analyzed these principles over the years. The development of the relevant jurisprudence has been based on the autonomous notions of "*criminal penalty*", "*conviction*", "*criminal offence*" and "*law*".

Keywords: principle of legality, no punishment without law, freedom from retroactive criminal offences and punishment, criminal offence, criminal penalty

1. Introducere

Art. 7 par. 1, prima teză din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (în continuare Convenția) prevede că "*nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, în momentul săvârșirii, nu constituia o infracțiune potrivit dreptului național sau internațional*". Astfel, Convenția dă viață unui vechi principiu al dreptului roman, "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*". Conform celei de-a doua teze a art. 7 par. 1, *"nu se*

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, email: horatiu.radu@uaic.ro

poate aplica o pedeapsă mai severă decât aceea aplicabilă în momentul săvârşirii infracțiunii".

Aşadar, art. 7 din Convenție consacră două drepturi fundamentale, inerente oricărei legislații penale moderne și oricărui instrument internațional de protecție în materia drepturilor omului: *legalitatea incriminării și a pedepselor* și *neretroactivitatea legii penale.* Drepturile consacrate de art. 7 au un caracter absolut, nefiind permisă nicio derogare în condiții excepționale de "*război"* sau de alt "*pericol public ce amenință viața națiunii"*, așa cum prevede art. 15 din Convenție în cazul altor drepturi sau libertăți[2].

În prezentul studiu ne vom apleca asupra acestor două principii consacrate de art. 7 din Convenție și a modului în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare Curtea) le-a interpretat, îndeosebi în jurisprudența recentă.

Deși prima hotărâre în care Curtea a analizat aplicabilitatea art. 7 din Convenție a fost pronunțată la începutul anilor `60 (*Lawless nr. 3 / Irlandei)*, cauză în care Curtea a apreciat că art. 7 nu este aplicabil întrucât măsura preventivă a detenției nu constituie o condamnare penală în sensul art. 7 din Convenție, totuși, prima hotărâre în care a constatat încălcarea acestui drept a venit abia în 1995 o dată cu decizia *Welch / Marii Britanii.* Ulterior cauzei *Welch* a urmat o adevărată dezvoltare jurisprudențială a acestui principiu.

2. Clarificarea noțiunilor autonome

Pentru a lămuri sfera de aplicabilitate a principiului legalității incriminării este necesar să ne aplecăm asupra noțiunilor autonome de "*pedeapsă"*, "*condamnat"*, "*infracțiune"* și "*drept"* sau "*legalitate"* și a modului cum a înțeles Curtea să le interpreteze și să le coreleze.

2.1. Noțiunea de *„pedeapsă"* prevăzută de art. 7 este strâns legată de cea de "*condamnare"* pentru săvârşirea unei "*infracțiuni"* care reprezintă punctul de plecare în vederea stabilirii existenței unei pedepse. Alte criterii utilizate de Curte în vederea stabilirii dacă suntem în prezența unei "*pedepse"* în sensul art. 7 din Convenție sunt: natura și scopul măsurii, calificarea acesteia în dreptul intern, procedurile asociate adoptării și executării, precum și gravitatea sa[3].

Aplicând aceste criterii, Curtea a stabilit că reprezintă "*pedepse"* în sensul Convenției măsuri precum[4]: o ordonanță de confiscare a produsului unei

[2] Pentru mai multe detalii, a se vedea Răzvan-Horațiu Radu, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 150 ș.u.

[3] Welch / Marii Britanii, par. 28

[4] Pentru mai multe detalii, a se vedea: www.echr.coe.int (consultat la 21 noiembrie 2021), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția*

infracțiuni ca urmare a unei condamnări pentru trafic de stupefiante, având în vedere caracterul său represiv[5]; constrângerea de corp existentă în dreptul francez ca măsură punitivă pentru un debitor care nu este insolvabil, în scopul de a-l obliga să plătească o amendă[6]; o amendă administrativă de aproximativ 1.400.000 euro aplicată unei societăți comerciale, având în vedere caracterul ei preventiv și represiv[7]; pedeapsa accesorie a interdicției pe viață de a exercita o profesie[8]; confiscarea de către o instanță penală a unor terenuri lotizate ilegal, chiar dacă pe fond s-a dispus achitarea[9]; înlocuirea unei pedepse cu închisoarea cu măsura expulzării și a interzicerii revenirii pe teritoriul respectiv pentru o perioadă de 10 ani, fără să fi fost audiat și fără să se fi ținut cont de circumstanțe[10].

Pe de altă parte, Curtea a considerat că nu se subsumează noțiunii de "*pedeapsă*" măsuri precum[11]: detenția preventivă, mai ales dacă aceasta a fost impusă, preventiv și nu punitiv, în scopul tratării unei tulburări mintale iar natura și scopul acesteia se diferențiau substanțial de o detenție preventivă obișnuită[12]; aplicarea unei amenzi judiciare unor avocați, chiar dacă amenda respectivă era prevăzută de Codul de procedură penală[13]; retragerea licenței de vânzare a băuturilor alcoolice[14]; măsurile de siguranță, precum spitalizarea din oficiu, interdicția de a intra în contact cu părțile civile și de a deține o armă, stabilite pentru o persoană iresponsabilă, mai ales dacă acestea sunt supuse controlului judiciar și au caracter preventiv[15]; confiscarea unor bunuri pentru suspiciune de apartenență la o organizație de tip mafiot[16]; interdicția definitivă de a se afla pe teritoriul francez[17]; înregistrarea unei persoane într-un fișier

europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor, actualizat la 31 august 2018, pct.13.

[5] Welch / Marii Britanii, par. 29-35.

[6] Jamil / Franței, par. 32-33.

[7] Valico S.R.L. / Italiei.

[8] Gouarré Patte / Andorei, par. 30-36.

[9] Sud Fondi S.R.L. ș.a. / Italiei.

[10] Gurguchiani / Spaniei, par. 40; în sens invers a se vedea Guizani/Franței, decizia Comisiei.

[11] Pentru mai multe detalii, a se vedea: www.echr.coe.int (consultat la 21 noiembrie 2021), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor, actualizat la 31 august 2018*, pct.14.

[12] Ilnseher / Germaniei, par. 236-239; A se vedea și Lawless, nr. 3 / Irlandei, par. 19.

[13] Gestur Jonsson și Ragna Halldor Hall / Islandei, par. 112-113.

[14] Tre Traktorer Aktiebolag / Suediei, par. 45-46

[15] Berland / Franței, par. 39-47;

[16] M. / Italiei, decizia Comisiei

[17] Renna / Franței, decizia Comisiei

judiciar al autorilor de infracțiuni sexuale sau violente[18]; evacuarea unor persoane din casele lor și imposibilitatea reîntoarcerii în sat[19]; procedura de suspendare a unui președinte[20]; interdicția aplicată unui înalt oficial FIFA de a desfășura orice activități legate de fotbal pe o perioadă de 4 ani[21]; obligația impusă unui condamnat de a furniza eșantioane de probe ADN[22]

2.2. Noțiunea de "*condamnat*" are în vedere stabilirea în prealabil a săvârșirii unei infracțiuni de către persoana în cauză[23] și angajarea răspunderii sale penale, nefiind însă necesar ca aceasta să fie și formal condamnată, de exemplu, pentru că a intervenit prescripția răspunderii penale[24]. Interpretarea Curții merge în direcția identificării unei legături intelective și volitive care să permită atragerea răspunderii autorului material al infracțiunii[25].

Prin urmare, simpla urmărire penală a unei persoane nu se circumscrie noțiunii de condamnare[26].

2.3. Noțiunea de "*infracțiune*" are același sens autonom ca și cea de "*acuzație în materie penală*", în sensul art. 6 din Convenție, care reglementează dreptul la un proces echitabil. Prin urmare, pentru a stabili dacă suntem în prezența unei „infracțiuni" sunt utilizate criteriile Curții, stabilite prin hotărârea *Engel*: calificarea în dreptul intern, natura infracțiunii, natura și severitatea sancțiunii[27]. Aplicând aceste criterii, Curtea a apreciat că art. 7 din Convenție nu este aplicabil în situații precum: săvârșirea unei infracțiuni împotriva ordinii și disciplinei militare, abaterea disciplinară săvârșită de un student în cadrul unei universități sau procedura de suspendare a președintelui unei republici[28].

2.4. Noțiunea de "*drept*" sau de "*legalitate*" acoperă, așa cum spune și textul Convenției, atât „dreptul intern", cât și „dreptul internațional". Curtea a

[18] Gardel / Franței, par. 46.

[19] Dogan ș.a. / Turciei, par. 126.

[20] Paksas / Lituaniei, par. 65-68.

[21] Platini / Elveției, par. 48.

[22] Van der Velden / Olandei.

[23] Varvara / Italiei, par. 69.

[24] G.I.E.M. S.R.L. ș.a. / Italiei, par. 252-261.

[25] *Ibidem*, par. 141 ; Sud Fondi S.R.L.ș.a/ Italiei, par. 116.

[26] Lukanov / Bulgariei, decizia Comisiei; X / Marii Britanii (cauza nr. 6056/73), decizia Comisiei.

[27] Engel ș.a./ Olandei, par. 82-83; pentru mai multe detalii a se vedea, Răzvan-Horațiu Radu, *op. cit.*, pp. 109-111.

[28] A se vedea www.echr.coe.int (consultat la 21 noiembrie 2021), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor, actualizat la 31 august 2018,* pct. 7 și cauzele citate.

interpretat noțiunea de "drept" în sensul că, ea include atât legea scrisă și nescrisă, cât și jurisprudența instanțelor. Normele în cauză trebuie să fie previzibile și accesibile[29], condiții care asigură calitatea legii și care privesc atât definirea unei infracțiuni, cât și sancțiunea aplicabilă[30].

În ce privește noțiunea de "*drept internațional*", aceasta include tratatele internaționale ratificate de statul în cauză) și dreptul internațional cutumiar[31].

Legea este considerată ca fiind accesibilă dacă era publicată și persoana vizată putea să ia cunoștință de prevederile ei; condiția accesibilității se consideră îndeplinită și cu privire la jurisprudența internă care era publicată[32], a unui ordin de ministru publicat în Gazeta oficială[33] sau a unui tratat internațional, transpus în dreptul intern printr-un decret-lege[34].

În ce privește condiția previzibilității legii, aceasta este necesară pentru ca justițiabilul să își poată regla conduita în funcție de cerințele acesteia. Astfel, conform exigențelor Curții, justițiabilul trebuie să poată cunoaște, din redactarea dispoziției relevante și, dacă este cazul, cu ajutorul interpretării acesteia de către instanțele de judecată, care sunt faptele ce îi angajează răspunderea penală și ce pedeapsă riscă pentru acțiunea și/ sau inacțiunea săvârșită[35]. Mai mult, condiția este îndeplinită și dacă persoana în cauză poate recurge la sfaturi de specialitate pentru a putea aprecia în mod rezonabil consecințele faptelor sale[36].

Curtea admite că, îndeosebi în dreptul penal, poate fi necesară și clarificarea legii pe cale judiciară astfel încât legea să poată fi adaptată schimbărilor de circumstanțe. Prin urmare, Curtea admite și *„clarificarea treptată a regulilor răspunderii penale prin interpretare judiciară (...), cu condiția ca rezultatul să fie în concordanță cu relevanța infracțiunii și previzibil în mod rezonabil"*[37].

Previzibilitatea legii depinde de conținutul textului în cauză, de domeniul de aplicare și de destinatarii ei[38]. De asemenea, previzibilitatea trebuie analizată din perspectiva persoanei condamnate, în momentul săvârșirii faptei[39].

În ce privește interpretarea judiciară dată unei norme penale, în opinia Curții, inclusiv aceasta trebuie să fie previzibilă, condiție care este îndeplinită

[29] SW / Marii Britanii, par. 35-36.
[30] Del Rio Prada / Spaniei, par. 91.
[31] Streletz, Kessler și Krenz / Germaniei, par. 90-106.
[32] Kokkinakis / Greciei, par. 40.
[33] Curters, Deveaux și Turk / Danemarcei, par. 82.
[34] Korbely / Ungariei, par. 74-75.
[35] Kafkaris / Ciprului, par. 140.
[36] *Ibidem.*
[37] *Ibidem*, par. 141.
[38] Cantoni / Franței, par. 35.
[39] www.echr.coe.int (consultat la 21 noiembrie 2021), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor, actualizat la 31 august 2018*; Del Rio Prada / Spaniei, par. 112-117; Jorgic împotriva Germaniei, par. 109.

dacă destinatarul normei putea prevedea în mod rezonabil, inclusiv prin solicitarea sfatului unui jurist, consecința actelor sale, iar interpretarea este în concordanță cu substanța infracțiunii și era previzibilă în mod rezonabil la momentul săvârșirii faptelor[40].

Prin previzibilitatea interpretării judiciare Curtea înțelege că aceasta are în vedere atât elementele constitutive ale infracțiunii, cât și pedeapsa aplicabilă[41].

Totuși, interpretarea normelor procedurale nu are incidență cu privire la previzibilitatea infracțiunii și nu intră în sfera de aplicare a art. 7[42].

În analiza procesului de interpretare a legii, Curtea poate acorda atenție și interpretării date de doctrină pentru a stabili dacă este îndeplinită condiția previzibilității, mai ales dacă aceasta este concordantă cu jurisprudența instanțelor naționale[43]. În orice caz, conform Curții, interpretarea doctrinară nu poate substitui existența unei jurisprudențe [44].

Curtea admite că, în anumite cazuri, tolerarea pe termen lung a anumitor comportamente pedepsibile din punct de vedere penal, poate duce la dezincriminare de facto a acestor fapte. Totuși, aceasta nu exclude posibilitatea tragerii la răspundere penală a persoanei respective pentru prima dată, mai ales dacă astfel de infracțiuni nu au fost urmărite penal din lipsă de resurse sau informații iar interpretarea judiciară este conformă cu substanța infracțiunii și poate fi prevăzută în mod rezonabil[45].

În ce privește revirimentele jurisprudențiale, dacă acestea sunt imprevizibile, ele sunt contrare Convenției[46]. Cu toate acestea, în anumite condiții, un reviriment jurisprudențial satisface condiția previzibilității dacă jurisprudența reprezintă o evoluție a societății, concordantă cu substanța infracțiunii și reprezintă o etapă previzibilă în mod rezonabil de interpretare a legii[47].

De asemenea, Curtea apreciază că nu trebuie acordată o importanță deosebită lipsei prevederilor judiciare comparabile, astfel încât interpretarea de

[40] Jorgic împotriva Germaniei, par. 113-114.

[41] www.echr.coe.int (consultat la 21 noiembrie 2021), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor, actualizat la 31 august 2018* și cauzele citate acolo.

[42] *Ibidem*; a se vedea și cauza Khodorkovskiy și Lebedev / Rusiei, pct. 788-790.

[43] K.A. și A.D. / Belgiei, par. 59-60.

[44] Dragotoniu și Militaru-Pidhorni / României, par. 43.

[45] Khodorkovskiy și Lebedev / Rusiei, par. 817-821.

[46] Dragotoniu și Militaru-Pidhorni / României, par. 39-48; Del Rio Prada / Spaniei, par.115-117.

[47] C.R. / Marii Britanii, par. 41-42; S.W. / Marii Britanii, par. 43-44, cu referire la o hotărâre de condamnare a unui soț pentru săvârșirea unui viol asupra soției. Până în acel moment, în Marea Britanie, soții beneficiau de "imunitate conjugală" în cazul săvârșirii unei asemenea infracțiuni.

către organele judiciare a unei dispoziții de drept penal este previzibilă dacă este în concordanță cu esența infracțiunii[48].

3. Legalitatea infracțiunilor și a pedepselor

Scopul textului consacrat de art. 7 din Convenție este de a asigura o protecție efectivă "*împotriva urmăririlor, condamnărilor și sancțiunilor arbitrare*"[49]. Astfel, pe de o parte, este interzisă aplicarea retroactivă a legii penale în defavoarea acuzatului și, pe de altă parte, se consacră principiul legalității incriminării și pedepselor și se interzice aplicarea legii penale în mod extensiv în defavoarea acuzatului, în special prin analogie. Astfel, o infracțiune trebuie să fie clar definită de lege, condiție care este îndeplinită dacă o persoană poate ști, pornind de la formularea textului de lege, eventual și cu ajutorul interpretării judiciare ce acte sau omisiuni îi atrag răspunderea penală[50].

Prin urmare, esența art. 7 din Convenție este că orice condamnare trebuie să aibă o bază legală, iar pedeapsa aplicată să nu depășească limitele legale[51].

Rolul Curții Europene, dacă este sesizată cu un asemenea litigiu, este de a se asigura că există o bază legală pentru condamnarea reclamantului și că rezultatul la care instanțele au ajuns este în conformitate cu art. 7 din Convenție. Curtea nu poate însă să se substituie instanțelor naționale în ce privește încadrarea juridică a faptelor și nici să analizeze eventualele erori de fapt sau de drept[52].

În ce privește aplicarea unei pedepse, principiul legalității interzice ca inculpatului să i se aplice o pedeapsă mai mare decât cea prevăzută pentru infracțiunea respectivă sau prin analogie[53].

4. Neretroactivitatea legii penale

Art. 7 din Convenție se opune aplicării retroactive a legii penale în detrimentul persoanei în cauză, atât în ce privește definirea infracțiunilor, cât și a dispozițiilor care prevăd pedepsele aplicabile[54]. De asemenea, este contrară principiului neretroactivității legii penale extinderea domeniului de aplicare al

[48] Berardi și Mularoni / San Marino, par. 44.

[49] S.W. / Marii Britanii, par. 34.

[50] Kokkinakis / Greciei, par. 52.

[51] Coeme ș.a. / Belgiei, par. 145; Achour / Franței, par. 43.

[52] Vasiliauskas / Lituaniei, par. 160-161; Rohlena / Cehiei, par. 51-51.

[53] Gabarri Moreno / Spaniei, par. 22-34; Başkaya și Okcuoglu / Turciei, par. 42-43.

[54] Del Rio Prada / Spaniei, par.116; Vasiliauskas / Lituaniei, par. 166; Jamil / Franței, par. 34-36

unei infracțiuni la fapte care anterior nu constituiau infracțiuni[55]. Totuși, Curtea consideră că art. 7 nu este aplicabil în situația unor acțiuni care erau sancționate anterior ca circumstanțe agravante și nu ca infracțiune distinctă sau a unei condamnări bazate pe dreptul internațional aplicabil la momentul respectiv[56].

În ce privește severitatea pedepsei, Curtea verifică doar să nu fie aplicată o pedeapsă mai mare decât cea prevăzută la momentul săvârșirii infracțiunii[57]

Curtea face distincție intre normele de drept material și cele de drept procesual din perspectiva art. 7, care nu se aplică celor din a doua categorie. Legislația procesuală este de imediată aplicare (*tempus regit actum*), cu excepția situației când o dispoziție considerată procedurală în dreptul intern influențează gravitatea pedepsei aplicabile[58].

În cazul termenelor de prescripție, aplicarea unei legi noi care prelungește termenul de prescripție este compatibilă cu art. 7 dacă sunt respectate prescripțiile deja împlinite[59]. Curtea a ajuns la această concluzie întrucât consideră normele de prescripție ca fiind norme procedurale dacă nu definesc infracțiunile și pedepsele și pot fi interpretate ca punând o simplă condiție prealabilă examinării cauzei[60].

În cazul crimelor împotriva umanității, care sunt imprescriptibile conform dreptului internațional, Curtea a apreciat că trebuie acordată prioritate de aplicare dreptului internațional[61].

În cazul infracțiunilor continue și continuate, aplicarea unei legi noi infracțiunilor anterioare intrării sale în vigoare este în concordanță cu art. 7 dacă, conform principiului securității juridice, actul de acuzare sau condamnare enunță cu suficientă claritate elementele constitutive ale infracțiunii[62].

Condamnarea unei persoane în baza unei dezvoltări jurisprudențiale ulterioare săvârșirii faptei este contrară principiului neretroactivității legii penale. În speță reclamantul a fost condamnat pentru asociere de tip mafiot însă această infracțiune reprezenta rezultatul unei evoluții jurisprudențiale ulterioare datei săvârșirii faptelor de către reclamant[63].

---

[55] www.echr.coe.int (consultat la 21 noiembrie 2021), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor, actualizat la 31 august 2018*, pct. 46.

[56] *Ibidem* și cauzele citate acolo Ould Dah / Franței și Vasiliauskas / Lituaniei, par. 165-166.

[57] *Ibidem*, pct. 47; a se vedea și cauzele citate acolo.

[58] Scoppola nr. 2 / Italiei, par. 110-113.

[59] Coeme ș.a. / Belgiei, par. 149.

[60] Borcea / României, par. 64.

[61] Kononov / Letoniei, par. 229-233; Penart / Estoniei.

[62] Răzvan-Horațiu Radu, *op. cit.*, pp. 153-154; Ecer și Zeycek / Turciei, par. 33; Rohlena / Cehiei, par. 54-73.

[63] Contrada / Italiei nr. 3, par. 64-76.

Într-un Aviz recent solicitat de Curtea Constituțională din Armenia, Curtea a statuat că *„pentru a stabili dacă, în sensul art. 7 din Convenție, o lege adoptată după presupusa comitere a unei infracțiuni este mai mult sau mai puțin favorabilă acuzatului decât legea în vigoare la momentul faptelor presupuse, trebuie să se țină seama de circumstanțele particulare ale cazului (principiul concretizării realizării). Dacă legea ulterioară este mai severă decât legea care era în vigoare la momentul presupusei săvârşiri a infracțiunii, aceasta nu poate fi aplicată"*[64]. Tot în această cauză ea a mai subliniat şi că nu este incompatibilă cu neretroactivitatea legii penale recurgerea la tehnica *„legislației de referință"* sau a *„legislației de trimitere"* la norme nepenale pentru incriminarea unor acte sau omisiuni dacă nu se extinde sfera de aplicare a incriminării şi dacă normele de referinţă şi cele referite, analizate împreună, permit persoanei în cauză să îşi regleze conduita, fie şi prin recurgerea la sfaturi de specialitate[65].

4.1. Excepția de la principiul neretroactivității legii penale: aplicarea legii penale mai favorabile

Deşi art. 7 din Convenție nu enunță separat principiul aplicării legii penale mai favorabile ca reprezentând o excepție de la principiul neretroactivității legii penale, Curtea a venit şi a oferit clarificări în acest sens, dând valoare acestui principiu fundamental de drept penal, mai ales dacă el este consacrat şi la nivel național. Astfel, în cauza Sccopola, nr. 2, Curtea a reținut că: *„dacă legea penală în vigoare la momentul săvârşirii infracțiunii şi legile penale ulterioare adoptate înainte de pronunțarea unei hotărâri definitive sunt diferite, judecătorul trebuie să o aplice pe cea ale cărei dispoziții sunt cele mai favorabile făptuitorului "*[66]. Mai mult, într-o cauză recentă, Curtea a apreciat că retroactivitatea legii penale mai favorabile aplică şi la stabilirea unei pedepse contopite pentru mai multe condamnări, în speță fiind vorba de aplicarea unei pedepse rezultante de 30 de ani deşi o lege nouă intrată în vigoare între timp stabilea la 20 de ani maximul general al pedepsei închisorii[67].

5. Concluzii

Principiul legalității consacrat de art. 7 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului şi a libertăților fundamentale, sub cele două forme ale sale,

[64] Avizul Consultativ referitor la utilizarea tehnicii „legislației prin referință" pentru definirea unei infracțiuni şi a criteriilor care trebuie aplicate pentru a compara legea penală aşa cum era în vigoare la momentul săvârşirii infracțiunii şi legea penală modificată solicitat de Curtea Constituțională din Armenia, par. 92.

[65] *Ibidem,* par. 74.

[66] Sccopola / Italiei nr. 2, par.109

[67] Koprivnikar / Sloveniei, par. 56-59.

legalitatea incriminării și a pedepselor și neretroactivitatea legii penale reprezintă în mod cert din perspectiva Curții un principiu fundamental menit să împiedice arbitrariul și să pună legea la baza oricărei condamnări penale a unei persoane. Deși acest principiu nu a determinat o jurisprudență bogată a Curții precum alte drepturi sau libertăți prevăzute de Convenție, totuși ea este stabilă și de natură să influențeze și interpretarea altor drepturi și libertăți, atât la nivel național, cât și european. Astfel, cauze precum *Cantoni, Del Rio Prada, Kokkinakis* sau *Kafkaris* au devenit de referință și sunt adesea citate când se interpretează noțiunile de "*pedeapsă"* sau noțiunile de "*legalitate", "accesibilitate"* și "*previzibilitate",* nu doar în contextul invocării legalității incriminării, ci și al altor drepturi sau libertăți, convenționale sau constituționale.

Stabilirea noțiunii de pedeapsă are o strânsă legătură cu un alt principiu prevăzut de Convenție, respectiv *non bis in Idem*, garantat de art. 4 din Protocolul nr. 7. Astfel, criteriile utilizate pentru a stabili dacă suntem sau nu în prezența unei "*pedepse"*, în sens convențional, sunt necesare pentru a identifica dacă principiul *non bis in Idem* este aplicabil în speța suspusă analizei.

Dacă pentru a analiza existența bazei legale în scopul stabilirii aplicabilității și, eventual, a încălcării art. 7, Curtea a fost mult mai riguroasă și restrictivă când a analizat dispozițiile dreptului intern, situația pare să stea diferit în cazul infracțiunilor considerate crime împotriva umanității. Astfel, în cauze precum *Kononov, Vasiliauskas, K.-H.W., Jorgic*, Curtea a analizat normele de drept internațional în materie (convenții, principii sau cutume) și le-a considerat ca fiind previzibile și neretroactive, dându-le prioritate întrucât acestea erau de natură să protejeze valori supreme precum viața sau integritatea fizică și psihică a persoanelor.

Rămâne de văzut însă și care vor fi evoluțiile jurisprudențiale ulterioare însă până în acest moment, Curtea pare să fi tras câteva linii clare de demarcație în ce privește interpretarea acestui principiu. Recentul aviz al Curții dat la solicitarea Curții Constituționale din Armenia vine să confirme și întărească aceste linii jurisprudențiale.

Referințe

D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, C. (coord.), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2009;

Răzvan-Horațiu Radu, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2021

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Ghid privind art. 7 din Convenția europeană a drepturilor omului. Nicio pedeapsă fără lege: principiul legalității infracțiunilor și pedepselor,* actualizat la 31 august 2018

Notă: toate hotărârile CEDO citate au fost analizate pe pagina web a Curții Europene a Drepturilor Omului (www.echr.coe.int), accesată până la 21 noiembrie 2021.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-16

Stabilirea creanțelor fiscale în contextul digitalizării administrației fiscale

Tax Collection in Context of Digital Administration

MARIA-ELIZA GALAN[1]

Rezumat: Digitalizarea administrației fiscale moderne- salvgardare sau împovărare a contribuabilului? Tema lucrării are drept referință modificările legislative de notă recentă survenite în procedura fiscală, modificări ce abordează și subiectul digitalizării administrației fiscale. Articolul are menirea de a analiza provocările generate de implementarea modificărilor, dar și efectele acestora asupra contribuabilului. În contextul evoluției vertiginoase a tehnologiei, digitalizarea administrației fiscale era iminentă, având însemnate implicații în sfera stabilirii și colectării creanțelor fiscale. Așadar, în studiul nostru prezintă relevanță procesul de tranziție de la o administrație fiscală desuet la o administrație fiscală modernă. Apare, însă, ca necesară existența unui cadru tehnologic și legislativ care să susțină implementarea de noi măsuri, în contextul social-economic actual? Vom analiza pe parcursul acestui studiu toate aspectele care pot să conducă la formularea unor concluzii privind întrebarea adresată.

Cuvinte-cheie: digitalizare, administrație fiscală, contribuabil, mijloace electronice

Abstract: The digitalisation of modern tax administration - protecting or burden of the taxpayer? The topic of this paper has as reference points the recent legislative changes in fiscal procedures, changes that also approach the subject of tax administration digitalisation. The article is aiming to analyse challenges created by implementing changes, but also the consequences inflicted upon the taxpayer. In the grand scheme of technological development, the digitalisation of tax administration was imminent, having considerable implications in the area of determining and collecting debt taxes. Therefore our study presents the relevancy of transitioning from an obsolete tax administration to a modern one. However, is the existence of a technologic and legislative framework to sustain the implementation of new measures necessary in the current socio-economic context?

Keywords: tax administration, digital transformation, taxpayer, digital approach

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: maria.eliza.galan@gmail.com

Introducere

Stabilirea creanţelor fiscale în contextul digitalizării administraţiei fiscale reprezintă tema prezentului studiu. Fenomenul digitalizării a luat amploare în ultimii ani, apărând ca o consecinţă firească a evoluţiei în domeniul tehnologiei şi în cel al economiei. Actualitatea temei rezidă în amploarea fenomenului digitalizării din ultimul an, pe de o parte, având drept context criza sanitară, iar pe de altă parte, fiind o soluţie necesară pentru problema nivelului scăzut al colectării creanţelor fiscale. Modificările legislative de notă recentă în procedura fiscală tratează şi domeniul digitalizării administraţiei fiscale, fiind considerată o măsură utilă atât în stabilirea creanţelor, cât şi în colectarea acestora.

În cercetarea noastră, am apreciat că trebuie avute în vedere aspecte privitoare la impactul modificărilor dispoziţiilor fiscale în materia procedurii fiscale. Referitor la modalitatea de stabilire a creanţelor fiscale, considerăm că aceasta trebuie tratată şi din perspectiva modificărilor anterior amintite, existând posibilitatea identificării consecinţelor juridice viitoare.

Nu în ultimul rând, apreciem că stabilirea de creanţe fiscale reprezintă punctul de plecare în colectarea sumelor datorate de către contribuabili, fiind necesar ca stabilirea acestora să aibă loc în mod corect şi transparent. În acest sens, considerăm că digitalizarea administraţiei fiscale are un rol deosebit în aplicarea principiului transparenţei fiscale[2]. Totodată, prezintă interes şi studierea consecinţelor pe care acest fenomen le generează, atât pentru contribuabili, cât şi pentru administraţia fiscală.

1. Digitalizarea administraţiei fiscale române

1.1. Provocări ale administraţiei fiscale române

Cu titlu preliminar, arătăm că modalitatea de stabilire a creanţelor fiscale în contextul evoluţiei tehnologiei, dar şi în contextul provocărilor generate de criza sanitară existentă la acest moment reprezintă un subiect de interes pentru administraţiile fiscale în general, dar şi pentru administraţia fiscală română, în special.

În România, odată cu decretarea stării de urgenţă, s-a încercat trecerea la o colaborare prin intermediul mijloacelor de comunicare la distanţă între administraţia fiscală şi contribuabili. Apreciem însă că, în fapt, contribuabilii au fost reticenţi privind această schimbare, mai precis, privind renunţarea la modalităţile clasice de comunicare. În încercarea de a găsi măsuri necesare în contextul actual, context în care activităţile au dobândit o altă dimensiune în majoritatea domeniilor, administraţia fiscală a răspândit posibilitatea comunicării prin intermediul Spaţiului Privat Virtual, ca măsură incipientă. În

[2] V. Roş, *Drept financiar şi fiscal*, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2016, p. 393.

acest sens, la acel moment[3] s-au acordat inclusiv bonificaţii pentru contribuabilii care au reuşit să se alăture unei comunicări exclusiv online prin faptul că au depus declaraţiile fiscale prin mijloace electronice de transmitere la distanţă şi au achitat obligaţiile fiscale[4].

Astfel, în contextul generat de pandemie, digitalizarea în cadrul administraţiei fiscale a devenit o necesitate. Criza sanitară care a afectat întreaga populaţie a constituit momentul prielnic pentru a lucra la strategiile de digitalizare în domeniul fiscalităţii şi al economiei[5]. În altă ordine de idei, oportunitatea digitalizării în acest domeniu a apărut cu mult timp înainte, ţinând cont de evoluţia rapidă a tehnologiei, culminând cu un nivel ridicat de inovare.

În ceea ce priveşte România, „digitalizare" este un termen care a fost utilizat tot mai des în ultimul an[6]. Astfel, în cercetarea noastră prezintă interes ideea conform căreia utilizarea digitalizării are drept scop îmbunătăţirea sistemului de colectare a taxelor, impozitelor, contribuţiilor şi a altor sume datorate bugetului general consolidat[7]. Motivul este unul evident, întrucât digitalizarea şi îmbunătăţirea conformităţii fiscale par a fi soluţia cea mai bună pentru colectarea eficientă a sumelor datorate bugetului general consolidat, având în vedere şi măsurile recent alese de către organul fiscal în acest sens, aşa cum o vom analiza în continuare.

Scopul administraţiei fiscale a fost acela de a adopta o strategie privind digitalizarea, regăsindu-se un plan pentru perioada 2021-2025[8]. Astfel, se doreşte transformarea administraţiei fiscale într-o organizaţie digitală care ar avea drept scop îmbunătăţirea colectării creanţelor fiscale, dar şi o mai bună comunicare între administraţie şi contribuabili. În mod evident, în momentul de faţă putem vorbi despre o încărcare mare a administraţiei fiscale, mai ales dacă ne referim la multitudinea documentelor depuse şi comunicate în format letric, reprezentând unul dintre motivele pentru care s-a şi propus adoptarea acestei strategii. Un alt motiv, aşa cum am arătat anterior, poate fi reprezentat şi de optimizarea colectării creanţelor fiscale.

---

[3] Decret nr. 195 din 16.03.2020 privind instituirea stării de urgenţă pe teritoriul României, publicat în Monitorul Oficial nr. 212 din 16 martie 2020.

[4] A se vedea https://static.anaf.ro/static/3/Anaf/20200606123648_bonificatii_du.pdf. Site consultat la data de 24.08.2021.

[5] M. Estevao, *Why digital transformation matters for taxation*, 12 iunie 2020. A se vedea: https://blogs.worldbank.org/voices/why-digital-transformation-matters-taxation. Site consultat la data de 26.08.2021.

[6] Începând cu decretarea stării de urgenţă prin Decret nr. 195 din 16.03.2020.

[7] A. Caşu, *România: Optimising tax collection-a digital approach*, consultat la adresa: https://www.internationaltaxreview.com/article/b1sh1t3yt6mffx/romania-optimising-tax-collection-a-digital-approach în data de 26.08.2021.

[8] Strategia digitală 2021-2025. A se vedea: https://static.anaf.ro/static/33/ Anaf/ 20210316192555_prezentare_strategie_digitala.pdf. Site consultat la data de 26.08.2021.

Digitalizarea administrației fiscale va aduce multe provocări pentru contribuabili, dar și pentru administrația fiscală. Astfel, apreciem că este necesar să se adopte programe de pregătire profesională și de instruire a personalului. În ceea ce privește contribuabilul, considerăm că acesta trebuie să beneficieze de asistență tehnică care trebuie să îi fie asigurată în mod facil.

De asemenea, arătăm că acest proces de tranziție la o administrație fiscală modernă este unul necesar, însă este nevoie de un cadru tehnologic care să permită acest lucru. Adoptarea unor modalități de depunere a declarațiilor fiscale exclusiv prin mijloace de comunicare la distanță sau de comunicare a deciziilor de impunere tot în acest mod trebuie să aibă în vedere un contribuabil pregătit, mai ales dacă avem în vedere consecințele juridice subsecvente.

Administrația fiscală modernă poate utiliza tehnologia ca pe un instrument cu ajutorul căruia să obțină scăderea costurilor angajate, diminuarea evaziunii fiscale, dar și un dialog mai eficient între contribuabil și organul fiscal. O consecință firească a implementării digitalizării administrației fiscale este și o sporire a respectării voluntare, a conformării privind obligațiile fiscale de către contribuabili[9].

În studiile care au avut ca obiect al cercetării chiar tranziția spre o administrație digitală, s-a ajuns la concluzia conform căreia este nevoie de o strategie eficientă care să aibă atât un plan de implementare, cât și un sistem de monitorizare adecvat[10].

2. Considerații cu privire la modificarea Codului de procedură fiscală în contextul digitalizării

În România, procesul digitalizării administrației fiscale era iminent. Astfel, având ca punct de plecare contextul social dat, demersurile privind digitalizarea administrației s-au consolidat în perioada crizei sanitare, chiar dacă dezideratul tranziției la o administrație modernă exista anterior acestui moment declanșator. În data de 31 august 2021, a fost publicată Ordonanța nr. 11/2021 pentru modificarea și completarea Legii nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală și reglementarea unor măsuri fiscale[11]. Ordonanța are în vedere o serie de modificări în procedura fiscală cu impact în ceea ce privește sistemul stabilirii de creanțe fiscale utilizând servicii electronice.

Cu toate că modificările legislative care se referă chiar la digitalizarea administrației fiscale sunt de notă recentă, dar și că unele dintre măsurile

[9] A. Caşu, *op. cit.*

[10] Microsoft and PwC, *Digital Transformation of Tax* Administration, 2018, disponibil la adresa: https://www.pwc.nl/nl/assets/documents/pwc-digital-transformation-tax-oct2017.pdf. Site consultat la data de 27.08.2021.

[11] Monitorul Oficial, Partea I, nr. 832 din 31 august 2021, în vigoare de la 03 septembrie 2021.

adoptate au aplicabilitate de la începutul anului 2022, nu putem să nu anticipăm care ar putea fi aspectele controversate în materie de procedură fiscală.

2.1. Transmiterea cererilor la organul fiscal prin mijloace electronice de transmitere la distanță

Dintre soluțiile normative introduse ce au fost adoptate odată cu publicarea Ordonanței nr. 11/2021, aceea dintre modificările care ne-a atras atenția și asupra căreia dorim să exprimăm unele opinii este transmiterea cererilor către organul fiscal prin mijloace electronice de transmitere la distanță[12]. Modificarea constă în introducerea alineatelor (1^1) și (1^2) la art. 79 Cod de procedură fiscală, articol prin care se consacră o nouă obligație în sarcina unor categorii de contribuabili, și anume, aceea de a transmite organului fiscal documente *exclusiv* (s.n.) prin mijloace de transmitere la distanță.

Această obligație conferă o dimensiune cu caracter de noutate în privința raporturilor dintre contribuabili și organul fiscal. Apreciem că, prin această reglementare normativă, legiuitorul a dorit să stabilească bazele strategiei privind transformarea într-o administrație fiscală digitală. Așadar, legiuitorul a prevăzut obligativitatea de transmitere online a documentelor și, implicit, obligația de înrolare în Spațiul Privat Virtual[13].

În vederea conformării contribuabilului, este necesar un termen pentru a implementa o măsură de acest tip. În acest sens, s-a prevăzut că obligația va intra în vigoare începând cu data de 01.03.2022[14].

Referitor la contribuabilii vizați, art. 79 Cod de procedură fiscală reglementează următoarele categorii: *contribuabilii/plătitorii persoane juridice, asocieri și alte entități fără personalitate juridică, precum și persoanele fizice care desfășoară o profesie liberală sau exercită o activitate economică în mod independent în una dintre formele prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2008*[15]. Observăm astfel că modificarea se adresează contribuabililor profesioniști, obligați să administreze în persoana proprie obligațiile fiscale.

În ceea ce privește această modificare legislativă este necesar să subliniem câteva aspecte. Așadar, se poate ridica următoarea întrebare: perioada de timp de acomodare anterioară momentului la care această obligație intră în vigoare este suficientă? În ceea ce ne privește, nu considerăm că tranziția spre o înrolare obligatorie în acest Spațiu Privat Virtual ar trebui să fie atât de rapidă. Afirmăm

[12] Art. 79 Cod de procedură fiscală.

[13] A se vedea: https://www.anaf.ro/anaf/internet/ANAF/servicii_online/inreg_inrol_pf_pj_spv. Consultat la data de 28.08.2021.

[14] A se vedea: https://static.anaf.ro/static/10/Brasov/Brasov/TabCompCPF_OG11.pdf. Consultat la data de 28.08.2021.

[15] Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44 din 16 aprilie 2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoane fizice autorizate, întreprinderi individuale și întreprinderi familiale.

acest lucru chiar dacă, privind gradul digitalizării administrațiilor fiscale din Europa, reglementările apar destul de târziu în statul nostru. Această măsură trebuie asumată de ambele părți implicate: atât de către administrația fiscală, cât și de către contribuabil. Așadar, fără un suport tehnologic și inițiere în accesarea serviciului electronic, unii contribuabili ar putea să nu se conformeze acestei obligații la timp sau în mod corect. Cu titlu de exemplu, considerăm că acei contribuabili persoane fizice care derulează o activitate economică și sunt impozitați în sistem forfetar (micii comercianți, meseriașii) nu au competențele digitale specifice îndeplinirii acestei obligații.

2.2. Comunicarea actelor administrative fiscale prin intermediul mijloacelor de comunicare la distanță

Odată cu intrarea în vigoare a obligației de înrolare în Spațiului Privat Virtual, având drept consecință realizarea comunicării documentelor exclusiv prin intermediul acestui serviciu electronic, arătăm că prezintă interes analizarea consecințelor juridice și impactul acestor măsuri.

În primul rând, este important să lămurim care sunt documentele la care face referire legiuitorul. Art. 79 Cod procedură fiscală face trimitere la *cereri, înscrisuri sau orice alte documente*. Astfel, printr-o interpretare gramaticală, se observă că textul include orice documente care se primesc de către organul fiscal din partea contribuabililor sau care se comunică de către organul fiscal celor din urmă.

În categoria documentelor se pot include, fără niciun dubiu, actele administrative fiscale. Aceste acte au un rol deosebit în procedura fiscală, așa încât modalitatea în care sunt comunicate prezintă o atenție sporită în cadrul acestei lucrări. În doctrină, s-au identificat o parte dintre aceste acte administrative fiscale, dintre care arătăm, cu titlu de exemplu: decizia de impunere, declarația fiscală, decizia de soluționare a unei contestații ș.a[16]. Am selectat aceste acte întrucât produc consecințe juridice importante și este esențial momentul comunicării acestora, mai ales că au rol definitoriu în stabilirea creanțelor fiscale[17]. Referitor la actul administrativ fiscal, se distinge între actul în format tipărit și cel în format electronic. În cazul celor din urmă, se poate remarca că diferă procedura de semnare și ștampilare[18].

În ceea ce privește procedura de comunicare a acestor acte, cu titlu preliminar, arătăm că îndeplinirea comunicării în forma indicată de lege reprezintă o condiție necesară pentru opozabilitatea actului administrativ fiscal. Așa cum reiese și din dispozițiile art. 48 Cod procedură fiscală, *actul administrativ fiscal produce efecte din momentul în care este comunicat contribuabilului/ plătitorului sau la o dată ulterioară menționată în actul administrativ comunicat, potrivit*

[16] I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 342.
[17] M.I. Niculeasa, *Creanțe și obligații fiscale*, Editura C.H. Beck, București, 2009, p. 89.
[18] I.M. Costea, *op. cit.*, p. 343.

legii[19]. Legiuitorul stabileşte faptul că neîndeplinirea procedurii de comunicare lipseşte de orice efecte juridice actul administrativ fiscal[20].

Mai mult decât atât, organul fiscal nu poate impune executarea obligaţiilor fiscale stabilite prin intermediul actului administrativ fiscal în condiţiile în care actul nu a fost comunicat potrivit art. 46 Cod de procedură fiscală[21].

Modalităţile de comunicare prevăzute de art. 46 Cod de procedură fiscală cuprind: comunicarea personal contribuabilului (care semnează de primire); prin poştă, cu scrisoare recomandată de confirmare de primire; prin mijloace electronice de transmitere la distanţă; prin publicitate[22]. Evoluţia reglementărilor în materie de comunicare a actelor administrative fiscale a condus la o comunicare prin publicitate doar în situaţiile în care comunicarea directă nu este posibilă[23].

Având ca repere consacrările la nivel normativ, observăm că prin modificarea prevăzută de O.G. nr. 11/2021 se stabileşte o trecere de la modalităţile clasice de comunicare la modalitatea de transmitere prin mijloace electronice. Aşadar, este importantă o analiză care să arate în ce măsură obligaţia de transmitere a documentelor (implicit comunicarea de acte administrative fiscale) exclusiv prin mijloace electronice răspunde exigenţelor legale cu privire la procedura comunicării.

Astfel, odată cu înregistrarea obligatorie în Spaţiul Privat Virtual, un serviciu electronic prin intermediul căruia se primesc şi se comunică documente contribuabilului, comunicarea actelor administrative fiscale se realizează doar prin mijloace electronice. Practic, se poate vorbi despre o trecere de la comunicarea personală ori prin poştă la o comunicare exclusiv electronică.

Contribuabilii se află în faţa unei obligaţii pe care trebuie să o îndeplinească întocmai, având în vedere sancţiunea prevăzută de legiuitor. Mai precis, art. 79 alin. (1^2) Cod procedură fiscală prevede pentru neîndeplinirea obligaţiei de comunicare prin intermediul mijloacelor de transmitere la distanţă sancţiunea *neluării în seamă*. Din momentul în care aceste dispoziţii vor avea aplicabilitate legală, contribuabilii nu vor mai putea depune în format letric înscrisurile, iar dacă le depun în acest mod, înscrisurile nu vor fi luate în seamă, această sancţiune echivalând cu nedepunerea lor.

[19] Art. 48 Cod de procedură fiscală.

[20] „Actul administrativ fiscal care nu a fost comunicat potrivit art. 47 nu este opozabil contribuabilului/plătitorului şi nu produce niciun efect juridic".

[21] I.M. Costea, *Comunicarea actelor administrativ fiscale. Aspecte particulare*¸ în Analelel ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza", Iaşi, Tomul LIX, Ştiinţe Juridice, 2013, nr. I, p. 13.

[22] I.M. Costea, *op. cit.*, p. 343.

[23] Pentru mai multe detalii privind evoluţia normativă, a se vedea I.M. Costea, *Comunicarea ..., op. cit.*

Sancţiunea neluării în seamă conduce la anumite sancţiuni concrete pentru contribuabil[24]. Mai exact, aducerea în discuţie a sancţiunii de neluare în considerare a unui act depus în format letric, implică şi determinarea consecinţelor juridice care decurg din acest fapt. Astfel, în funcţie de actul depus, pot interveni diferite sancţiuni subsecvente neluării în seamă, precum: prescrierea unui drept, pierderea dreptului de a beneficia de anumite facilităţi fiscale (când termenul este de decădere). Totodată, putem identifica ca fiind aplicabile şi sancţiuni contravenţionale, în situaţia în care legea impune anumite termene pentru depunerea actelor administrative sub sancţiune pentru neexecutare, cum ar fi formele indicate de art. 336 alin. (1)lit. a)-c) Cod procedură fiscală.

Astfel, în situaţia în care contribuabilul depune actele administrative în termen, însă în format letric, acesta va putea fi sancţionat pentru depăşirea termenului, întrucât actul depus de acesta nu va fi luat în considerare[25].

În ceea ce priveşte obligaţia de comunicare prin mijloace electronice pentru anumite categorii de contribuabili, dar şi consecinţele juridice pe care le-am amintit, se mai impune a răspunde la o întrebare şi anume: în ce măsură putem considera ca fiind comunicat un act administrativ fiscal prin intermediul mijloacelor electronice atunci când serviciul electronic semnalează erori sau în situaţia în care comunicarea nu ajunge în mod efectiv la contribuabil? Este intuitiv faptul că aceste platforme prin intermediul cărora se va efectua comunicarea dintre organul fiscal şi contribuabil pot să conducă la anumite erori de comunicare, iar dacă acestea nu sunt detectate de niciuna dintre părţi, actul administrativ ar putea figura drept comunicat pentru organul fiscal, însă ar putea să nu fi ajuns în mod efectiv la contribuabil[26].

Consecinţele juridice într-o astfel de situaţie sunt destul de importante. Contribuabilul ar putea pierde, spre exemplu, un termen de contestare a unei decizii de soluţionare a unei contestaţii, întrucât nu a luat la cunoştinţă de conţinutul actului administrativ şi posibilitatea de a-l contesta. Considerăm că este necesar ca administraţia fiscală să previzioneze astfel de situaţii şi, fie să le prevină, fie să aloce un remediu pentru contribuabil.

În cele din urmă, apreciem că trecerea la obligativitatea de înrolare în Spaţiul Privat Virtual care, în esenţă, ar conduce la digitalizarea administraţiei fiscale şi la consecinţe favorabile ce decurg din aceasta, trebuie privită ca o provocare pentru ambele părţi. Contribuabilul trebuie să se conformeze

[24] A se vedea *Notă de fundamentare. Proiect de act normativ privind Ordonanţa pentru modificarea şi completarea Legii nr. 207/2015 privind codul de procedură fiscală şi reglementarea unor măsuri fiscale*, disponibil la adresa: https://mfinante.gov.ro/acasa/transparenta/proiecte-acte-normative.

[25] Pentru mai multe detalii, a se vedea: I.M. Costea, *Controlul fiscal*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2017, pp. 45-66.

[26] Pentru detalii privind erorile frecvente, a se vedea: https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/declunica/Erori_frecventev5.pdf. Site consultat la data de 04.09.2021.

obligaţiilor, însă organul fiscal trebuie să îi asigure suport tehnic şi resurse pentru o comunicare exclusiv utilizând servicii electronice.

Concluzii

Prezentul studiu relevă avantajele şi dezavantajele pentru părţile raportului juridic fiscal în contextul digitalizării modalităţilor de stabilire a creanţelor fiscale. În urma efectuării unei analize a modificărilor legislative care au drept scop digitalizarea, apreciem că acest proces este unul favorabil administraţiei fiscale în îndeplinirea obligaţiei de stabilire şi colectare a creanţelor fiscale. Totodată, prezintă relevanţă faptul că procesul de tranziţie la o administraţie fiscală modernă este necesar, însă este nevoie şi de crearea unui cadru tehnologic care să permită implementarea de noi măsuri. Contribuabilii au incontestabil dreptul să fie informaţi în mod corespunzător, să înţeleagă consecinţele juridice pe care le produce comunicarea într-un spaţiu virtual, să fie deschişi spre a obţine certificate digitale şi semnătură electronică.

Nu în ultimul rând, aceştia trebuie să îmbrăţişeze o poziţie de conformare la normele fiscale, pentru o bună colaborare între organul fiscal şi aceştia. Astfel, prin simplificarea procedurilor de administrare fiscală, este posibilă obţinerea conformării voluntare a contribuabililor în ceea ce priveşte declararea obligaţiilor fiscale.

Având în vedere ritmul în care era digitală se impune, apreciem că implementarea măsurilor legislative noi ar trebui să se poată face cu uşurinţă, dacă există disponibilitate din partea contribuabililor, dar şi din partea administraţiei fiscale. Prin digitalizare, se poate reduce fenomenul necolectării, chiar al evaziunii fiscale, dar şi dubla impunere, având în vedere existenţa unor evidenţe clare şi buna comunicare între administraţiile fiscale din mai multe state. Mai mult decât atât, prin digitalizarea componentei fiscale a mecanismelor economice se poate contura şi o viziune cu privire la evoluţia economiei şi a societăţii din punct de vedere statistic.

Pentru a conchide, lucrarea de faţă cuprinde aspecte cu privire la procesul digitalizării administraţiei fiscale, dar şi impactul măsurilor legislative adoptate cu caracter de noutate în acest an.

Referinţe

Costea I.M., *Comunicarea actelor administrativ fiscale. Aspecte particulare*¸ în Analele ştiinţifice ale Universităţii „Alexandru Ioan Cuza", Iaşi, Tomul LIX, Ştiinţe Juridice, 2013, nr. I, pp. 19-34

Costea I.M., *Controlul fiscal*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2017

Costea I.M., *Drept financiar. Note de curs*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2021

Estevao M., *Why digital transformation matters for taxation*, 12 iunie 2020
Niculeasa M.I., *Creanțe și obligații fiscale*, Editura C.H. Beck, București, 2009
Roș V., *Drept financiar și fiscal*, Editura Universul Juridic, București, 201

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-17

Impunerea asupra redevențelor în context național și european

Taxation of Royalties, National and European Perspectives

ANDREEA IULIANA RACU (CĂS. PRISACARIU)[1]

Rezumat: Tendința spre o mobilitate sporită a persoanelor, capitalurilor, bunurilor și serviciilor la nivel global, dar și dezvoltarea pe scena europeană a unor relații complexe în plan economic, politic și cultural, fac necesară atenta reglementare a impunerii asupra veniturilor generate de drepturile de proprietate intelectuală. Redevențele reprezintă o importantă sursă de venituri, statelor și Uniunii Europene revenindu-le un rol activ în stabilirea condițiilor de plată și impozitare a acestora. Reglementarea, atât la nivel național, cât și european și internațional, a aspectelor ce țin de plata, încasarea și impozitarea veniturilor din redevențe este atrasă în contextul actual de larga răspândire și utilizare a mărcilor, brevetelor, operelor artistice, literare și științifice. Globalizarea, schimburile între state, industrializarea, creșterea gradului de complexitate a proceselor de producție, sunt doar câțiva din factorii care determină utilizarea redevențelor, fie pentru *know-ho*w, fie pentru opere literare, artistice sau științifice, fie pentru mărci și brevete. Eforturile celor implicați, state, organizații internaționale și nu numai, trebuie să fie concentrate spre o distribuire a competenței de a impozita de natură să cuprindă toate situațiile, veniturile și capitalurile, cu dublu scop de a evita ca un venit să fie impozitat de două ori, sau, la polul opus, să nu fie impozitat deloc.

Cuvinte-cheie: redevențe, impozitare, proprietate intelectuală, venituri, activități independente

Abstract: Increased mobility of people, capital, goods and services globally, but also developing a complex economic, political and cultural context, both at national and European level, make it necessary to carefully regulate the taxation of intellectual property income. Royalties are an important source of income; states and the European Union play an active role to establish the way these are paid and taxed. The widespread use of trademarks, patents, artistic, literary and scientific works, determines the regulation of royalties payment, collection and taxation, both national and European level. Globalization, exchanges between states, industrialization, complex production processes, these are just some of the factors that determined increasing use of royalties either for know-how, trademarks and patents, or for literary, artistic or scientific works.

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: andreea.iuliana.prisacariu@gmail.com

The efforts of those involved, states, international organizations and more, must be focused on a distribution of the power to tax covering all situations, income and capital, preventing both, an income from being taxed twice, or, not to be taxed at all.

Keywords: royalties, taxation, intellectual property income, globalization, know-how

1. Cadrul internațional

Contextul internațional actual creează un mediu propice dezvoltării unor relații economice, sociale, politice și culturale complexe, între persoane fizice și juridice din întreaga lume. Ca o consecință firească, mobilitatea oamenilor, a bunurilor și a serviciilor s-a accentuat, fapt ce a atras, deopotrivă, avantaje și dezavantaje. În acest cadru, impunerea asupra veniturilor și a capitalurilor rămâne un subiect sensibil și relevant în plan internațional.

Redevențele, sursele de venit a căror impozitare face obiectul prezentului studiu, sunt frecvent fie datorate, fie încasate, atât în baza unor raporturi juridice desfășurate la nivel național, cât și în baza unor raporturi juridice desfășurate în context european și internațional. În plan internațional principalele reglementări în materie se regăsesc în Convențiile de evitare a dublei impuneri semnate între state și în instrumentele de soft law[2].

În baza suveranității sale fiscale, fiecare stat are libertatea de a legifera aspecte precum: definirea și stabilirea impozitelor; materia impozabilă; cotele de impunere; subiecții impozitării; termenele de plată sau de îndeplinire a celorlalte obligații fiscale; înlesniri sau, la polul opus, sancțiuni fiscale; modul de gestionare și soluționare a litigiilor fiscale[3].

Astfel, în virtutea dreptului suveran de a stabili taxe și impozite, dar și de a-și contura propria strategie fiscală, fiecare stat a reglementat impunerea fiscală pentru persoanele fizice cetățeni ai săi, respectiv persoanele juridice de naționalitatea sa, dar și pentru nerezidenți (acele persoane care realizează venituri pe teritoriul său ocazional și temporar)[4].

În contextul mobilității unei baze impozabile între două state, indiferent dacă este vorba despre un bun sau un venit, apare problema aplicării în spațiu a dispozițiilor de drept fiscal și implicit identificarea statului care va aplica impozitul. În ipoteza în care ambele state impozitează apare fenomenul de dublă

[2] Spre exemplu, Convenția model privind evitarea dublei impuneri elaborată de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică - https://www.oecd.org/ (accesat 25.11.2021).

[3] I. Condor, *Evitarea dublei impuneri internaționale*, Editura Regia Autonomă „Monitorul Oficial", București, 1999, p. 31.

[4] C. Lefter, S. Chirica, *Evitarea dublei impuneri internaționale (Reglementări legale interne și convenții fiscale încheiate de România)*, în Economie teoretică și aplicată, Vol. XVII, No. 9 (550), 2010, p. 38-51.

impunere[5], dacă niciunul din state nu impozitează (fapt datorat, de cele mai multe ori, unor lacune legislative), fenomenul poartă denumirea de dublă neimpozitare[6]. Practica fiscală internațională utilizează criterii precum cetățenia, rezidența și originea veniturilor pentru a stabili baza impunerii veniturilor[7]. Rezidența reprezintă poate cel mai utilizat criteriu în materie de impozitare[8]. Fiecare stat definește, prin dispoziții cu caracter legal, noțiunea de rezidență, iar în raport de această definiție se poate stabili statutul de rezident, respectiv nerezident pentru o anumită persoană.

Dorința statelor de a clarifica, standardiza și confirma situația fiscală a contribuabililor care sunt implicați în activități comerciale, industriale sau financiare în alte țări, s-a materializat sub forma Convențiilor de evitare a dublei impuneri. Convențiile de evitare a dublei impuneri reprezintă un instrument clasic de drept internațional și oferă o soluție pentru rezolvarea aspectelor legate de dubla impunere internațională. Acestea se conturează sub forma unor toate internaționale bilaterale prin care două state își distribuie competența de a impozita veniturile rezidenților lor în ipoteze reciproce[9]. Dovedindu-se a fi de o reală utilitate în reglarea aspectului referitor la unde se plătește un impozit și anume în statul sursă (a venitului impozabil) sau în statul de rezidență (a persoanei impozabile), acest instrument juridic este utilizat atât în spațiul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, cât și între statele membre ale Uniunii Europene[10]. În spațiul Uniunii Europene statele membre au

[5] I.M. Costea, *Fiscalitate europeană*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 28-29.

[6] *Ibidem.*

[7] De-a lungul timpului s-au conturat două concepții privitor la impozitare: cea *teritorială* (fundamentată pe criteriul sursei veniturilor, respectiv localizării averii) și cea *globală* sau *mondială* (fundamentată pe criteriul rezidenței sau pe cel al cetățeniei, respectiv naționalității pentru persoanele juridice) - C. Trandafir, *Societățile off-shore între reglementare legală și ilicit*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 174.

[8] Analizând rezidența din perspectiva dreptului de a impozita pe care îl atrage, CJUE, în una din cauzele sale (C-602/17,Benoît Sauvage și Kristel Lejeune împotriva État belge) a evidențiat că aceasta capătă 3 dimensiuni. Astfel, există o „rezidență formală, papetară aferentă conceptului de domiciliu în sensul său strict"; o rezidență secundară, „derivând din libertatea de circulație a lucrătorilor" și „în al treilea rând, este vorba despre o dimensiune factuală a executării raporturilor de dreptul muncii, transpusă în locul unde activitatea se desfășoară în mod efectiv" - I. M. Costea, *Drumul spre Itaca sau unde este acasă în materie fiscală,* în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Tomul LXVII/2, Științe Juridice, 2021, p. 211.

[9] I. M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, ed. a 7-a, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 176 - 177.

[10] *Ibidem.*

competența de a trasa regulile privind impunerea directă, reguli supuse prin intermediul directivelor și al jurisprudenței CJUE unor standarde armonizate[11].

Pentru a evita dubla impunere asupra veniturilor, la nivelul practicii fiscale internaționale se folosesc metoda scutirii și cea creditării[12].

Definite generic drept „orice sumă ce trebuie plătită în bani sau în natură pentru folosirea sau dreptul de folosință a unor active corporale sau necorporale”[13], redevențele sunt, conform doctrinei fiscale, „plățile efectuate pentru folosirea diferitelor forme ale proprietății intelectuale, înregistrate sau nu într-un registru public”[14].

Spectrul drepturilor pentru a căror folosință se pot datora redevențe este unul larg, includem aici, fără a ne limita la: drepturile de autor (pentru toate tipurile de lucrări, artistice, științifice, literare)[15]; dreptul asupra unei inovații, licențe sau mărci de comerț; dreptul asupra unui brevet; nu în ultimul rând, dreptul asupra *know-how*-ului[16]. Diversitatea și complexitatea acestor drepturi din sfera proprietății intelectuale apte să atragă plata unor sume de bani (redevențe) impun o atentă reglementare a veniturilor generate și a modalității de impozitare a acestora. Identificarea și impunerea asupra veniturilor obținute din drepturile de proprietate intelectuală reprezintă un punct de interes atât în plan internațional, cât și în plan european și național. Aceste preocupări au fost generate și sporite de modul facil în care lucrări științifice, artistice și literare pot circula în spațiul internațional; de utilizarea din ce în ce mai des a *know-how*-ului în domenii dintre cele mai diferite; de utilizarea mărcilor comerciale în plan internațional și nu în ultimul rând de fenomenul globalizării.

La nivel internațional aspectele referitoare la impunerea asupra sumelor plătite, respectiv încasate, cu titlu de redevență se clarifică prin aplicarea dispozițiilor din Convențiile privind evitarea dublei impuneri semnate între

[11] I. M. Costea, *Drumul spre Itaca sau unde este acasă în materie fiscală*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Tomul LXVII/2, Științe Juridice, 2021, p. 207.

[12] Principala deosebire dintre cele două metode rezidă în obiectul la care se referă, metoda scutirii are în vedere venitul, în timp ce cea a creditării, impozitul.

[13] https://dexonline.ro/definitie/redeven%C8%9B%C4%83 (22.11.2021).

[14] M. Antonescu, L. Antonescu, *Aplicarea convențiilor de evitare a dublei impuneri încheiate de România cu alte state*, Editura Sitech, Craiova, 2014, p. 9.

[15] Legea nr. 8/1996, publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 60 din 26 martie 1996, cu modificările și completările ulterioare, reglementează drepturile de autor prevăzând, printre altele, situațiile în care se datorează, respectiv nu se datorează, plăți pentru utilizarea acestor drepturi; plăti care se prezintă sub forma unor redevențe și în raport de care dispozițiile fiscale au stabilit cuantumul impunerii.

[16] „creația intelectuală reprezentată de totalitatea cunoștințelor și soluțiilor noi, secrete, substanțiale și identificate, utile în industrie, comerț sau servicii, pentru care titularul își manifestă voința de a le transmite, în anumite condiții, terților (cu plata unor redevențe)” - M. Antonescu, L. Antonescu, *op. cit.*, p. 52.

state. În acest context, un document cu relevanță deosebită, ce trasează liniile directoare în materie, este reprezentat de Convenția model privind evitarea dublei impuneri elaborată de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică. Convenția model schițează definiția noțiunii de *redevență*[17], trasează regula generală a impunerii asupra redevențelor în statul de rezidență, punctând excepțiile de la aceasta și, nu în ultimul rând, redactarea actuală (decembrie 2017) delimitează două situații contextuale în care veniturile încasate nu vor fi considerate redevențe.

Astfel, în temeiul articolului 12, paragraf 1, pentru redevențele obținute într-un stat contractant, impozitul va fi aplicat doar în celălalt stat contractant (practic statul de rezidență). Într-un procent covârșitor, Convențiile privind evitarea dublei impuneri la care România este parte conțin, alături regulii privind impozitarea redevențelor în statul de rezidență al beneficiarului, posibilitatea statului sursă de a impozita un anumit procent din redevențe[18]. Excepția devine practic absența unei astfel de prevederi. Cote de impozitare 0% pentru redevențe în statul sursă sunt stipulate în acordurile cu Irlanda (pentru drepturile de autor asupra operelor literare, artistice sau științifice)[19]; Malayezia (pentru redevențe industriale); Emiratele Arabe Unite (pentru redevențe industriale)[20]. Acordurile internaționale semnate de România cu Olanda și

[17] Conform art. 12, paragraf 2 noțiunea de redevență reprezintă orice fel de plată primită în considerarea folosinței sau dreptului de a folosi drepturi de autor pentru lucrări literare, artistice sau științifice, inclusiv filme cinematografice, orice brevet, marcă de comerț, proiect sau model, plan, formulă sau proces secret, sau pentru informații privitoare la experiențe comerciale, industriale sau științifice.

[18] Spre exemplu, Convențiile privind evitarea dublei impuneri încheiate cu Turcia, Franța, Cehia și Elveția prevăd un procent maxim de 10%, cele cu Africa de Sud, Vietnam și Zambia 15%, 20% cea cu Kuweit, 5% cele cu Malta și Italia. Printre cele mai mari cote de impozitare în astfel de situații, Convenția cu Filipine, prevede un procent de 25%. Printre cele mai mici, cea cu Finlanda, 2,5%.

[19] Statul irlandez este unul dintre paradisurile fiscale, având în legislația națională reglementări care permit companiilor să realizeze scheme fiscale pentru a evita impozitarea veniturilor. Pentru redevențe, sistemul de impunere prevăzut de legea irlandeză este cel al reținerii la sursă. Incerte și susceptibile de interpretări dispozițiile referitoare la „veniturile provenite din exploatarea unui cod *software*" sunt interpretate de companii în sensul în care nu se aplică. Astfel, „se ajunge ca impozitul prevăzut să nu fie achitat atunci când redevențele sunt plătite pentru licența drepturilor de proprietate intelectuală ce privesc un cod *software"*. Impozitul „ar fi aplicabil chiar dacă rezidența societății care primește redevențele nu este în Irlanda" pentru că legea nu distinge în funcție de rezidență - A. E. Amironesei, *Planning-ul fiscal ante-2021 al giganților publicitari. Sustragearea veniturilor din publicitate de la impozitare. Rolul domiciliului fiscal. Perspective pentru viitor*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza" din Iași, Tomul LXVII/1, Științe juridice, 2021, p. 25-26.

[20] https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/AsistentaContribuabili_r/Conventii/Conventii.htm (22.11.2021).

Elveția prevăd, de asemenea, cote de impozitare 0% pentru redevențe în statul sursă, atât timp cât Olanda, respectiv Elveția, nu percep conform legislației interne, prin reținere la sursă, impozit pentru redevențele plătite unui rezident al celuilalt stat contractant (România), conform protocoalelor adiționale semnate ulterior încheierii convențiilor[21].

Conform Convenției model, dacă dreptul sau proprietatea în numele căruia se plătesc redevențele sunt efectiv legate de un sediu permanent (al beneficiarului, în statul sursă) se vor aplica dispozițiile referitoare la profitul din activitate și nu cele privitoare la redevențe. Existența unei relații între plătitor și beneficiarul efectiv al redevențelor sau între aceștia și o altă persoană care duce la majorarea valorii redevențelor, fapt ce nu s-ar fi petrecut în absența acestui context, determină scutirea impozitării în statul sursă doar pentru valoarea ce s-ar fi convenit în absența relației speciale, pentru diferență se vor aplica dispozițiile din legile naționale (art. 12 par. 3 și 4 din Convenția model).

2. Optica legiuitorului român

În dreptul românesc principalele aspecte referitoare la redevențe sunt reglementate în dispozițiile Codului fiscal. Fără a oferi o definiție propriu zisă, articolul 7 din Codul Fiscal, articol ce cuprinde definiția unor termeni comuni, conține o enumerare a plăților de vor fi considerate redevențe[22]. Dorindu-și să facă o delimitare clară, legiuitorul român a prevăzut în conținutul aceleiași norme și situațiile în care anumite plăți nu vor fi considerate redevențe, printre acestea: *plățile pentru achiziționarea integrală a oricărei proprietăți sau a oricărui drept de proprietate asupra tuturor elementelor menționate la alin. (1); plățile pentru achizițiile de software destinate exclusiv operării respectivului software, inclusiv pentru instalarea, implementarea, stocarea, personalizarea sau actualizarea acestuia.*

[21]https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/AsistentaContribuabili_r/Conventii/Informare_CEDI_cota_zero.pdf (22.11.2021).

[22] Astfel, potrivit pct. 36 - *se consideră redevență plățile de orice natură primite pentru folosirea ori dreptul de folosință al oricăruia dintre următoarele: drept de autor asupra unei lucrări literare, artistice sau științifice, inclusiv asupra filmelor, benzilor pentru emisiunile de radio sau de televiziune, precum și efectuarea de înregistrări audio, video; dreptul de a efectua înregistrări audio, video, respectiv spectacole, emisiuni, evenimente sportive sau altele similare, și dreptul de a le transmite sau retransmite către public, direct sau indirect, indiferent de modalitatea tehnică de transmitere - inclusiv prin cablu, satelit, fibre optice sau tehnologii similare; orice brevet, invenție, inovație, licență, marcă de comerț sau de fabrică, franciză, proiect, desen, model, plan, schiță, formulă secretă sau procedeu de fabricație ori software; orice echipament industrial, comercial sau științific, container, cablu, conductă, satelit, fibră optică sau tehnologii similare; orice know-how; numele sau imaginea oricărei persoane fizice sau alte drepturi similare referitoare la o persoană fizică.*

2.1 Impozitarea drepturilor de proprietate intelectuală

Prin specificul lor, redevențele se datorează pentru utilizarea sub varii și diferite forme a drepturilor de proprietate intelectuală. Conștientizând importanța, dar și necesitatea unei reglementări distincte a acestei categorii de venituri, legiuitorul român a introdus în Codul fiscal Capitolul II^1[23], aplicabil de la 23 martie 2018, cuprinzând sfera veniturilor din drepturile de proprietate intelectuală și modalitățile în care acestea pot și trebuie să fie impozitate. În reglementările fiscale anterioare, veniturile din redevențe erau incluse în sfera mai largă a veniturilor din activități independente[24].

În aria veniturilor din drepturile de proprietate intelectuală impozabile legiuitorul român cuprinde veniturile rezultate în urma valorificării sub orice formă a drepturilor de proprietate intelectuală din drepturi de autor și drepturi conexe acestuia, inclusiv cele din brevete de invenție, desene și modele, mărci și indicații geografice; enumerarea din cuprinsul art. 70 Cod fiscal este una exemplificativă dispozițiile referitoare la impozitarea drepturilor de proprietate intelectuală aplicându-se oricăror altor drepturi ce generează venituri din drepturi de proprietate intelectuală. Pentru aplicarea prevederilor fiscale nu prezintă importanță denumirea sub care sunt plătite și încasate aceste venituri, redevență, remunerații sau altele asemenea[25], factorul determinant fiind acela referitor la natura drepturilor care au generat acele venituri, respectiv drepturile de proprietate intelectuală.

O.U.G. nr. 18/2018[26] a modificat conținutul articolului 71 din Codul fiscal, competența de a impozita veniturile din drepturi de proprietate intelectuală fiind condiționată de primirea acestora de la un plătitor de venit[27] din România sau de la un nerezident, dar prin intermediul unui sediu permanent[28].

---

[23] Prin OUG nr. 18/2018 publicată în M. Of. Nr. 260 din 23.03.2018.

[24] C.F. Costaș, *Drept fiscal,* ed. a III- a, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 242.

[25] Conform punctului 9 din Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal.

[26] Publicată în M. Of. Nr. 260 din 23.03.2018.

[27] Potrivit Normelor metodologice de aplicare a Codului fiscal (pct.11), din categoria plătitorilor de venituri din drepturi de proprietate intelectuală fac parte, pe de o parte, utilizatorii de opere, invenții, know-how, atunci când titularii de drepturi își exercită drepturile de proprietate intelectuală în mod personal, iar relația contractuală dintre titularul dreptului de proprietate intelectuală și utilizatorul respectiv este directă, iar pe de altă parte organismele de gestiune colectivă sau alte entități, care, conform dispozițiilor legale dețin atribuții privind gestionarea drepturilor de proprietate intelectuală, a căror gestiune le este încredințată de către titulari.

[28] În reglementările fiscale anterioare veniturile din drepturile de proprietate intelectuală erau incluse în categoria mult mai amplă a veniturilor din activități independente, iar în raport de competența de a impozita era suficient ca activitățile să fie desfășurate

Pentru veniturile obținute din drepturi de proprietate intelectuală se datorează impozit pe venit, în procent de 10% din venitul net. Obligația determinării venitului impozabil le revine plătitorilor de venit, prin aplicarea unei cote forfetare de 40% asupra venitului brut[29]. Conștientizând „dificultatea determinării în concret a cheltuielilor deductibile în cazul realizării unei opere de creație intelectuală, legiuitorul a predeterminat cheltuielile deductibile aferente veniturilor”[30] obținute din orice formă de valorificare a drepturilor de proprietate intelectuală, la 40% din venitul brut. Alăturat sarcinii de a calcula impozitul datorat, plătitorii de venit au obligații și privind reținerea la sursă, declararea și plata impozitului (conform articolului 72 alin. (2), 4 și 5 Cod fiscal)[31].

Legiuitorul a prevăzut un regim special, derogatoriu, pentru remunerațiile reprezentând dreptul de suită și cele compensatorii pentru copia privată, dar și pentru cazul exploatării drepturilor de proprietate intelectuală de către moștenitori. În aceste situații, pentru a obține venitul net, impozabil, vor fi scăzute din venitul brut sumele ce revin organismelor de gestiune colectivă, fără aplicarea cotei forfetare de 40%[32]. Pentru declararea impozitului pe venit (și a contribuțiilor sociale, dacă este cazul) de către plătitorul de venit este utilizat formularul 112[33].

Dispozițiile articolelor 72^1 și 73 din Codul fiscal prevăd două situații alternative la colectarea impozitului prin reținere la sursă. Astfel, potrivit articolului 72^1, atunci când veniturile din drepturile de proprietate intelectuală sunt primite de la alți plătitori de venit decât cei prevăzuți la articolul 72 alin. (2) Cod fiscal, contribuabilii sunt cei care vor stabili venitul net prin scăderea cheltuielilor determinate (în cotă de 40%) din venitul brut. Și în acest caz, pentru drepturile de proprietate intelectuală exploatate de către moștenitori, pentru remunerațiile reprezentând dreptul de suită și pentru remunerațiile compensatorii pentru copia privată, venitul net se determină prin scăderea din venitul brut a sumelor ce revin organismelor de gestiune colectivă sau altor plătitori de asemenea venituri, fără a fi aplicată cota forfetară de cheltuieli (40 %).

în România pentru ca veniturile să fie considerate obținute din România, indiferent dacă erau plătite din țară sau din străinătate.

[29] Dispozițiile în materie fiscală prevăd că în venitul brut din drepturile de proprietate intelectuală sunt cuprinse, pe lângă sumele încasate în cursul anului și echivalentul în lei al veniturilor în natură.

[30] C.F. Costaș, *op. cit*., p. 242.

[31] Potrivit art. 72^1 Cod fiscal, dacă veniturile din drepturile de proprietate intelectuală sunt primite de la alți plătitori de venit față de persoane juridice sau alte entități care au obligația de a conduce evidență contabilă (art. 72 alin. (2)), obligațiile privind determinarea venitului impozabil, reținerea, declararea și plata impozitului revin contribuabilului.

[32] Conform art. 72 alin.3 din Codul fiscal.

[33] Conform prevederilor OMFP/OMS/OMMJS nr. 1931/2018, publicat în M. Of. nr. 402 din 10.05.2018, https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/OMFP_1931_2018.pdf (23.11.2021).

Articolul 73 din Codul fiscal reglementează alternativa determinării venitului impozabil în sistem real, utilizând datele din compatibilitatea în partidă simplă. Din momentul exercitării opțiunii pentru impozitarea în sistem real, menținerea acesteia pentru 2 ani fiscali consecutivi este obligatorie, reînnoindu-se automat pentru aceiași perioadă în absența unei declarații fiscale în sens contrar[34].

2.2 Impozitarea redevențelor în cazul persoanelor nerezidente

Veniturile din redevențe fac obiect al impozitării și atunci când sunt obținute de nerezidenți[35]; în cuprinsul articolului 223 alin. (1)din Codul fiscal care trasează veniturile impozabile obținute în România (de nerezidenți) fiind incluse *redevențe de la un rezident* și *redevențe de la un nerezident care are un sediu permanent în România, dacă redevența este o cheltuială a sediului permanent/ a sediului permanent desemnat.*

Similar situației rezidenților obligațiile privind calcularea[36], reținerea, declararea și plata către bugetul de stat a impozitului revin plătitorilor de venit.

3. Redevențe la întreprinderi asociate, reguli speciale în spațiul Uniunii Europene

În spațiul european persoane fizice sau juridice din state membre diferite pot fi, în baza unor raporturi juridice cu profil economic existente între ele, în postura de a plăti sau încasa redevențe. Acest fenomen își găsește justificarea în dezvoltarea accelerată a mediilor economice și de afaceri care implică relații între persoane din mai multe state, cooperare în domenii extrem de vaste, inclusiv prin stabilirea unor sedii permanente în alte state.

În acest context a fost adoptată Directiva 2003/49/CE a Consiliului din 3 iunie 2003 privind sistemul comun de impozitare, aplicabil plăților de dobânzi și

[34] Conform articolului 73 alin. (2) din Codul fiscal.

[35] Principalele dispoziții fiscale în acest sens sunt cuprinse în Titlul VI din Codul fiscal - *Impozitul pe veniturile obținute din România de nerezidenți și impozitul pe reprezentanțele firmelor străine înființate în România.*

[36] Impozitul datorat se calculează prin aplicarea asupra venitului brut a următoarelor cote: 50% atunci când sumele sunt plătite într-un cont dintr-un stat cu care România nu are încheiat un instrument juridic în baza căruia să se realizeze schimbul de informații și tranzacția a fost calificată ca fiind una artificială (conform art. 11 Cod Fiscal); 10% atunci când sumele sunt virate într-un cont dintr-un stat cu care România are încheiată o Convenție de evitare a dublei impuneri și de 16% în celelalte situații - conform art. 224 alin. 4 Cod fiscal.

de redevențe efectuate între societăți asociate din state membre diferite, cu amendamentele ulterioare[37].

Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C-397/09, Schouten Solar Technology GmbH v. Finanzamt Gelsenkirchena[38], a stabilit referitor că Directiva 2003/49: „urmărește să asigure că beneficiarul efectiv al dobânzilor și redevențelor plătite într-un alt stat membru decât cel în care este stabilit, este scutit de orice impozitare în statul sursă al acestor plăți (...) urmărește evitarea dublei impuneri juridice a plăților transfrontaliere a dobânzilor (și redevențelor n.n.) prin interzicerea impozitării dobânzilor (și redevențelor n.n.) în statul membru de origine în detrimentul proprietarului efectiv (...)".

Redevențele sunt total scutite de la impozitare în statul sursă, în favoarea impozitării în statul de rezidență al beneficiarului efectiv.

Privitor la definirea noțiunii de beneficiar efectiv Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că „articolul 1 alin. (1)din Directiva 2003/49/CE (...), coroborat cu articolul 1 alin. 4 din această directivă trebuie interpretat în sensul că scutirea de orice impozitare a plăților (...) este rezervată numai beneficiarilor efectivi (...), și anume entităților care beneficiază în mod real (...) pe plan economic și care dispun, prin urmare, de puterea de a le determina în mod liber destinația. Principiul general al dreptului Uniunii potrivit căruia justițiabilii nu se pot prevala în mod fraudulos sau abuziv de normele dreptului Uniunii trebuie interpretat în sensul că beneficiul scutirii de orice impozitare a plăților (...), prevăzută la articolul 1 alin. (1)din Directiva 2003/49, trebuie, în prezența unei practici frauduloase sau abuzive, să fie refuzat unui contribuabil de către autoritățile și instanțele naționale, chiar în absența unor dispoziții ale dreptului național sau întemeiate pe convenții care să prevadă un asemenea refuz"[39].

În dreptul național prevederile directivei 2003/49/CE a Consiliului au fost transpuse în Codul fiscal, Capitolul V - *Redevențe și dobânzi la întreprinderi asociate*, Titlul VI.

Codul fiscal transpuse dispozițiile articolului 2, lit. b) din Directiva 2003/49/CE definind termenul de *redevențe*[40] într-un sens restrâns raportat la

[37] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0049&from=RO (23.11.2021).

[38] https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=ABE380E4EE702193D943054822D5EA36?text=&docid=107926&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1754262 (accesat 27.11.2021).

[39] Cauzele conexate C-115/16, C-118/16, C-119/16 și C-299/16, Hotărârea Curții din 26 februarie 2019 - https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CA0115&from=RO (accesat 27.11.2021).

[40] (...) *plățile de orice fel primite pentru folosirea sau concesionarea utilizării oricărui drept de autor asupra unei opere literare, artistice sau științifice, inclusiv asupra filmelor cinematografice și programele informatice, orice brevet, marcă de comerț, desen ori model, plan, formulă sau procedeu secret de fabricație, ori pentru informații referitoare la*

definiția din articolului 7 Cod fiscal, aplicabil doar în cazul întreprinderilor asociate, în vederea eliminării impunerii asupra acestor sume obținute din România.

Articolul 255 alin. (1)Cod fiscal[41] transpune articolul 1 alin. (1)din Directiva 2003/49/CE prevăzând că *plățile de dobânzi și redevențe ce provin din România sunt exceptate de la orice impozite aplicate asupra acelor plăți în România, fie prin reținere la sursă, fie prin declarare*, dacă beneficiar efectiv al acelor plăți este o societate dintr-un alt stat membru sau un sediu permanent, situat în alt stat membru, al unei societăți dintr-un stat membru.

Calitatea de plătitor, respectiv beneficiar al redevențelor se stabilește prin aplicarea dispozițiilor art. 255 alin 2 și 4 din Codul fiscal. Astfel, statul român este stat sursă atunci când plata este efectuată de o societate rezidentă în România sau de un sediu permanent situat în România; de cealaltă parte, pentru a fi considerată beneficiară a redevențelor o societate trebuie să primească plățile pentru beneficiul său propriu și nu ca intermediar pentru o altă persoană.

Ținând cont de relevanța și complexitatea activităților desfășurate prin intermediul sediilor permanente, directiva conține o serie de prevederi referitoare la acestea, transpuse în dreptul național în cuprinsul articolului 255 din Codul fiscal. Pentru a fi considerat plătitor al redevențelor sediul permanent trebuie să înregistreze acele plăți drept cheltuieli deductibile fiscal în România. Pentru a fi beneficiar al redevențelor, dreptul sau utilizarea informației care generează plată trebuie să fie efectiv legate de respectivul sediu permanent. Un sediu permanent al unei societăți dintr-un stat membru considerat plătitor sau beneficiar efectiv al redevențelor, atrage ca nicio altă parte a societății respective să nu poată fi tratată ca plătitor sau ca beneficiar efectiv al acelor redevențe.

Aplicarea dispozițiilor fiscale referitoare la impozitarea redevențelor în cazul întreprinderilor asociate comportă potrivit articolul 255 Cod fiscal anumite limitări și impune respectarea anumitor condiții procedurale. Aceste dispoziții nu se vor aplica dacă plățile sunt făcute către sau de către un sediu permanent al unei societăți dintr-un stat membru situat într-un stat terț, iar activitatea societății este preponderent desfășurată prin intermediul acelui sediu permanent. Este obligatorie menținerea condițiilor care atrag statutul de societate asociată pentru minim 2 ani[42] și dovedirea, printr-o atestare, la momentul plății, a îndeplinirii

experiența în domeniul industrial, comercial sau științific; plățile pentru folosirea sau dreptul de folosire a echipamentului industrial, comercial ori științific (art. 257 Cod fiscal).

[41] Articolul 255 Cod fiscal *se aplică numai în cazul în care societatea care este plătitor sau societatea al cărei sediu permanent este considerat plătitor al dobânzilor ori redevențelor este o societate asociată a societății care este beneficiarul efectiv al cărei sediu permanent este tratat ca beneficiarul efectiv al acelor dobânzi ori al acelor redevențe-* conform art. 255 alin. 7 Cod fiscal.

[42] Conform art. 258 lit b) *o societate este o societate asociată a unei alte societăți dacă, cel puțin: (i) prima societate are o participare minimă directă de 25% în capitalul celei de-a doua întreprinderi; sau (ii) cea de-a doua societate are o participare minimă directă de 25%*

cerințelor impuse de norma fiscală[43].

În același context, nu se vor aplica dispozițiile referitoare la scutirea impozitării redevențelor în statul sursă, atunci când plățile, în mod practic, reprezintă o distribuire de beneficii sau o restituire de capital, în acord cu legislația română[44]; și nici atunci când, motivat de o relație specială existentă între plătitorul și beneficiarul efectiv al redevențelor suma acestora depășește suma ce s-ar fi cuvenit în absența unei astfel de relații[45].

În încercarea de a preîntâmpina folosirea abuzivă a dispozițiilor fiscale legiuitorul român a stipulat că aplicarea prevederilor referitoare la dobânzi și redevențe la întreprinderi asociate nu duc la excluderea aplicării prevederilor din legislația națională sau din tratate la care România este parte și care au drept scop prevenirea fraudei sau abuzului și nu vor fi deloc aplicabile atunci când consecința tranzacțiilor capătă forma fraudei, a evaziunii fiscale sau abuzului[46]. În aceiași optică, nu este exclusă aplicarea dispozițiilor naționale, sau a celor din cuprinsul convențiilor la care România este parte și care urmăresc evitarea dublei impuneri asupra redevențelor[47].

La nivel practic, scutirea impozitării redevențelor în statul sursă (România) se acordă pe baza certificatului de rezidență fiscală și a declarației pe propria răspundere privitoare la îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege[48].

4. Concluzii

Modalitatea de impozitare a redevențelor este reglementată atât în spațiul internațional, cât și în spațiul european și național, dând practic expresie voinței mai multor foruri legiuitoare, conținând dispoziții adoptate la momente și în contexte diferite în timp. Acest fapt este de natură să genereze semne de întrebare referitoare la ordinea (prioritară) în care aceste norme se vor aplica.

în capitalul primei societăți; sau (iii) o societate terță are o participare minimă directă de 25% atât în capitalul primei societăți, cât și în al celei de-a doua.Participările în capitalul social trebuie să fie deținute numai la întreprinderile rezidente pe teritoriul Uniunii Europene.

[43] Atestarea este valabilă pentru o perioadă de un an de la data emiterii. Absența atestării atrage reținerea impozitului la sursă.

[44] Conform art. 259 alin. (1)din Codul fiscal, dispoziții ce transpun art. 4 alin. (1)din Directiva 2003/49/CE.

[45] Conform art. 259 alin. (2) din Codul fiscal, dispoziții de transpun art. 4 alin. (2) din Directiva 2003/49/CE.

[46] Conform art. 260 din Codul fiscal, dispoziții ce transpun art. 5 din Directiva 2003/49/CE.

[47] Conform art. 261 din Codul fiscal, dispoziții ce transpun art. 9 din Directiva 2003/49/CE.

[48] Prin OMFP nr. 583 din 2016 au fost aprobate formularele necesare, https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/OMFP_583_2016.pdf (23.11.2021).

Raporturile juridice cu implicații doar pe tărâmul dreptului național își găsesc reglementarea în dispozițiile Codului fiscal și a altor acte normative, care, conjunctural, conțin dispoziții referitoare la plata, respectiv încasarea redevențelor. Când raporturile juridice conțin și elemente de extraneitate devin aplicabile dispozițiile Convenției privind evitarea dublei impuneri semnate de România cu statul de rezidență al persoanei implicate[49], dacă există o astfel de convenție[50]. În temeiul obligației de transpunere în ordinea juridică internă a dispozițiilor directivelor Uniunii, statul român a transpus Directiva 2003/49/CE în capitolul V, titlu VI din Codul fiscal, prevederile acesteia devenind astfel parte a dreptului național. Considerăm că, în acest caz se pune problema raportului dintre normele din dreptul național și cele din instrumentele juridice internaționale la care România a devenit parte, prin semnare și apoi ratificare, aplicându-se prioritar dispozițiile din instrumentele internaționale.

Larga utilizare a operelor artistice, literare și științifice, a mărcilor, a brevetelor, a *know-how*-ului, precum și a tuturor celorlalte elemente (corporale sau incorporale) care implică drepturi de proprietate intelectuală, impun plata, respectiv încasarea, unor redevențe, ridicând în același timp problema impozitării lor. În acest context, fiecărui stat în parte îi revine un rol activ, atât pentru reglementarea aspectelor la nivel național, cât și pentru a depune constant eforturi în vederea cooperării cu ceilalți actori de la nivel internațional și european implicați, state sau organizații internaționale.

Referințe

Antonescu M., Antonescu L., *Aplicarea convențiilor de evitare a dublei impuneri încheiate de România cu alte state*, Editura Sitech, Craiova, 2014

Condor I., *Evitarea dublei impuneri internaționale*, Editura Regia Autonomă „Monitorul Oficial", București, 1999

Costaș C.F., *Drept fiscal*, ed. a 3- a, Editura Universul Juridic, București, 2021.

Costea I.M., *Drept financiar. Note de curs*, ed. a 7-a, Editura Hamangiu, București, 2021

Costea I.M., *Fiscalitate europeană*, Editura Hamangiu, București, 2016

Lefter C., Chirica S., *Evitarea dublei impuneri internaționale (Reglementări legale interne și convenții fiscale încheiate de România)*, în Economie teoretică și aplicată, Vol. XVII, No. 9 (550), 2010

Trandafir C., *Societățile off-shore între reglementare legală și ilicit*, Editura Universul Juridic, București, 2012

[49] Convențiile/Acordurile privind evitarea dublei impuneri sunt instrumente juridice internaționale, bilaterale, a căror dispoziții sunt aplicabile doar rezidenților celor două state semnatare. Dacă un raport juridic implică rezidenți ai mai multor state, pentru fiecare se va aplica Convenția încheiată între statul său de rezidență și România.

[50] Lista Convențiilor privind evitarea dublei impuneri și a protocoalelor de modificare, semnate de România, poate fi consultată la adresa - https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/AsistentaContribuabili_r/Conventii/Conventii.htm (accesat 27.11.2021).

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-18

Necesitatea incriminării faptelor care aduc atingere genomului uman

The Necessity of Criminalizing Acts against Human Genome

ALEXANDRU MARIŢ[1], LILIA PÎSLARU[2]

Rezumat: Prezentul articol conține informații despre manipulările genetice, experimentele asupra embrionilor umani, fecundarea in vitro, traficul de organe, țesuturi și celule umane, clonarea umană, etc. De aceea este necesar de a stabili modalități eficiente de protecție a dreptului la integritatea genetică care presupune dreptul nostru absolut asupra corpului propriu. Se impune astfel necesitatea ca legea să țină sub control dezvoltarea științifică, în special legea penală.

Cuvinte-cheie: genom uman, intervenții în patrimoniul genetic, manipulări genetice, clonarea umană, protecție juridică, penal

Abstract: In this paper we tried to provide some information to those interested in the human genome and his legal protection. The result of this manipulations may be sometimes very serious. That is why it is necessary to establish efficient ways of protection of the right of genetical integrity that gives the absolute right over own body. Such an interdiction recalls the need that the law keeps under control the scientific development,especialy criminal law.

Key-words: human genome, interventions in genetic heritage, genetic manipulations, legal protection, criminal protection.

Introducere

Declarația Generală UNESCO “Cu privire la genomul uman și drepturile omului” stabilește expres că genomul omului se află la baza comunității inițiale a tuturor reprezentanților neamului omenesc, precum și a recunoașterii

[1] Doctor în drept, profesor universitar, email: alexmarit@mail.ru
[2] Doctorand Academia de Științe a Moldovei, Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice

demnității și diversității lor indispensabile. Genomul omului semnifică patrimoniul întregii omeniri[3].

Cercetările intense ale structurilor care compun materialul ereditar, nu numai că au dat posibilitate oamenilor de știință de a interveni în genomul uman și a realiza manipulări genetice, dar și au deschis calea unui cerc larg de persoane de a săvârși fapte antisociale și crime împotriva umanității, împotriva vieții și sănătății persoanei (clonarea, etc). Ca urmare, cercetările în domeniu și intervențiile în patrimoniul genetic necesită un control strict de ordin juridic și moral din partea statelor și organizațiilor internaționale.

Materiale utilizate și metode aplicate. La elaborarea prezentei lucrări au fost studiat și utilizat cadrul normativ internațional, regional și național ce asigură protecția juridică a geneticii umane, precum și un vast cadru doctrinar în domeniul geneticii și a dreptului penal. Au fost folosite metodele: logică, comparativă, a analizei și sintezei, sistemică.

Rezultate obținute și discuții. Faptele ilicite care afectează genomul uman și consecințele acestora au stârnit puternice controverse, fiind abordate diferit, de la progres științific cu multiple efecte pozitive, până la intervenții abuzive și iresponsabile în patrimoniul genetic, uneori pasibile de răspundere penală.

Faptele ilicite care vizează genomul uman au un specific stabilit de modalitățile normative și faptice de realizare, fiind binevenită relevarea unor termeni și noțiuni specifice.

Explicarea unor termeni precum *genom*, *genotip*, *inginerie genetică*, *manipulări genetice*, este necesară în contextul noutății domeniului și a lipsei de experiență practică atât în Republica Moldova, cât și în alte state.

Dicționarul de genetică definește genomul ca masa totala de gene si alte informații ereditare ale unei unități structurale cu capacitați potențiale de autonomie în exercitarea funcțiilor legate de ereditate, diversitate și determinare a caracterelor. Genomii organismelor unei specii constituie genofondul acelei specii.[4]

În literatura de specialitate, genomul uman mai este definit ca genomul speciei *homo sapiens*, stocat pe 23 de perechi de cromozomi, care cuprinde integral informația genetică a organismului uman, inclusiv genele și secvențele de ADN care nu conțin informații, intronii.[5]

În rând cu noțiunea de "genom uman", în literatura de specialitate, în reglementările internaționale și naționale mai este utilizată noțiunea de "*genotip*

[3] Declarația generală UNESCO cu privire la genomul omului și drepturile omului adoptată la 11 noiembrie 1997. Bioetica: Documente ale UNESCO, Editura Univers Pedagogic Chișinău, 2006 (Tipogr. "Elan Poligraf"), p. 60.

[4] Dicționar de genetică. Disponibil: http://www.discus-club.ro/articole/dictionar_ genetica/ dictionary _ genetica.html.

[5] Arinis I., *Biologie - Anatomia și fiziologia omului. Genetică și ecologie umană*, Editura Art Educational, București, 2012, p. 60

uman", care este definită ca totalitatea proprietăților ereditare ale unui organism; constituția ereditară a unui organism reprezentată de totalitatea fondului de gene prezent în genomul său".[6] Spre deosebire de genomul uman care are în vedere totalitatea materialului genetic codat în macromoleculele de ADN ale celulei sau organismului, genotipul se referă în mod specific la o anumită trăsătură condiționată de materialul genetic al unui cuplu alelic. Genotipul determină un caracter genetic pur[7].

Acidul dezoxiribonucleic (ADN) este substratul molecular al eredității. ADN deține informația genetică codificată pentru realizarea caracterelor specifice unui organism. Unitatea fundamentală de informație ereditară este gena - un segment de ADN care determină un anumit caracter. Modificarea structurii unei gene normale, numită mutație, produce o variantă genică ("alelă"), normală sau anormală. ADN exprimă informația ereditară, prin sinteza unor proteine specifice. ADN conservă informația ereditară în succesiunea generațiilor de celule și organism.[8] *Ingineria genetică* poate fi definită ca un ansamblu de metode și tehnici care permit fie introducerea în patrimoniul genetic al unei celule a uneia sau mai multor gene noi, "de interes", fie modificarea expresiei unei/unor gene prezente, deja, în celulă. Genele transferate sunt denumite "transgene". Ingineria genetică mai este numita, uneori, și "modificare genetica", "transformare genetică" sau "transgeneză", iar produsele obținute poartă numele de "organisme modificate genetic" (OMG) sau "organisme transgenice"[9].

Sistemul nostru ereditar a fost cercetat de către HUGO (Human Genome Organisation) în cadrul Programului genomului uman[10]. Proiectul a fost lansat în toamna anului 1990, cu scopul de a cartografia în totalitate genotipul omului, adică să identifice succesiunea celor 3 miliarde de perechi de baze azotate în ADN-ul uman până la fiecare cromozom prin secvențiere.11 În viziunea unor autori, odată cu descoperirea hărții complete a genomului uman, posibilitățile de a greși în identificarea ADN-ului uman sau de a-l confunda cu ADN-ul altor organisme vii (insecte, animale sau plante), sunt practic imposibile. Datorită

[6] Dicționarul explicativ al limbii române. Disponibil pe internet: https://www.dex.md/definitie/genom

[7] Dolfi A., *Genomul uman.* [citat 25.10.18]. Disponibil: http://anatomie.romedic.ro/genomul-uman.

[8] Covic M. și a. *Principii de genetică medicală.* [citat 12.10.16] Disponibil: https://voifidoctor2.files.wordpress. com/2013/02/93008957.pdf

[9] Badea M. și a. *Genetica. Genetică moleculară și inginerie genetică.* Vol. II, Fundația Biotech, București, 2000.

[10] David B. *Applications and Issues of the Human Genome Project.* Copyright 1999. Disponibil: https://www.ndsu.edu/pubweb/~mcclean/plsc431/students99/boehm.htm

[11] Proiectul genomului uman. Disponibil: https://ru.scribd.com/presentation/500869793/Proiectul-Genomului-Uman

acestor caracteristici, descoperirile legate de ADN echivalează cu existența unei chei universale pentru decriptarea oricărui cod[12].

Printre obiectivele principale ale Programului genomului uman a fost și soluționarea problemelor etice, legale și sociale care pot apărea în urma studiilor. Programul implică numeroase întrebări care deocamdată nu au un răspuns, dar care vor avea un mare impact asupra deciziilor politice, reacțiilor sociale și reglementărilor juridice. Cine va controla informațiile obținute și cum se va asigura confidențialitatea? Cine va beneficia de testarea genetică și în ce condiții va fi ea obligatorie? În ce măsură un individ are libertatea de a solicita modificarea genomului său? Are dreptul unul dintre părinți să ceară modificarea materialului genetic al copilului sau cum va fi evitată discriminarea genetică? Cum vor fi tratați părinții care vor cere un copil perfect? Cui va fi accesibilă terapia genetică? Se va accepta controlul vieții psihice, ameliorarea coeficientului de inteligență spre exemplu?[13]

Convenția privind drepturile omului și biomedicina prezintă două cazuri permise de modificări genetice. O intervenție asupra genomului uman nu este posibilă decât în vederea unor scopuri preventive, de diagnosticare sau terapeutice, sub condiția de a nu avea ca urmare o modificare în genomul descendenței[14].

Manipularea și ingineria genetică înregistrează atitudini diferite chiar printre cercetători. Unii sunt optimiști gândindu-se la marile speranțe care se deschid în domeniul terapiei genetice sau geneterapiei. Această atitudine este proprie celor care lucrează în domeniu, biologi moleculari sau genetiști, care atunci când se gândesc la aceste speranțe, nu doresc piedici sau obligații ale legilor și nu dau importanță mijloacelor care ar urma să fie folosite, ca în cazul experimentelor pe embrioni, considerate de unii necesare pentru atingerea scopului lor. Alții sunt mai preocupați de posibilele devieri legate de inginerie și manipulare, care, odată începute, ar putea schimba statutul genetic al umanității, revoluție ce ar întrece, prin importanță, riscul oricărei alte revoluții de tip politic sau militar. Aceasta este o atitudine mai frecvent întâlnită printre juriști și moraliști[15].

---

[12] Cârjan L. *Compendiu de criminalistică*, Editura Fundației România de Mâine, București, 2004, p. 344

13 Pop L., *Manipularea genetică și probleme de bioetică*, 2011. Disponibil: http://sacri.ro/_/files/texte/problemebio.htm (accesat 09.03.2021). Radu G.A. *Discuții privind manipulările genetice din prisma reglementărilor juridice*, în EIRP Proceedings, 2011, 2, pp. 149-153, Disponibil: http://www.proceedings.univ-danubius.ro/index.php/eirp/article/ view/889/ 809, (accesat 09.03.2021).

[14] Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei (Convenția privind drepturile omului și biomedicina) din 4 aprilie 1997, Publicată: 01.01.2009 în Tratate Internaționale Nr. 43.

[15] Pop L., *op. cit.*, p. 150

Se impune necesitatea unei legislații clare, care să supună unor obligații legale pe cei ce lucrează în domeniul cercetărilor, care în tendința spre noi orizonturi științifice ar putea depăși limitele admisibile.

Problematica manipulărilor genetice a generat adoptarea unor instrumente juridice internaționale și regionale menite să asigure, pe cât posibil, o uniformitate acestui domeniu în practicile statelor. În acest context, putem menționa: Declarația asupra folosirii progreselor științei și tehnicii în interesul păcii și în beneficiul umanității, adoptată de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 10 noiembrie 1975, Declarația universală a genotipului uman și a drepturilor omului, adoptată la 10 noiembrie 1997 de Conferința generală a U.N.E.S.C.O. Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și a demnității ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, adoptată la Oviedo la 4 aprilie 1997, a intrat în vigoare la 1 decembrie 1999, a fost semnată și ratificată de 19 state [Convenția] și Protocoalele adiționale la aceasta. Primul Protocol adițional la Convenția pentru protecția drepturilor omului și demnitatea ființei umane față de aplicațiile biologiei și medicinei, având în vedere interzicerea clonării ființei umane a fost adoptat la 12 ianuarie 1998, a intrat în vigoare la 1 martie 2001, fiind ratificat până în prezent de 15 state; al doilea Protocol adițional la Convenția asupra drepturilor omului și biomedicinii, relativ la transplantul de organe și de țesuturi de origine umană, a fost încheiat la 24 ianuarie 2002, preconizat a intra în vigoare la 1 mai 2006, a fost ratificat de 5 state; al treilea Protocol adițional referitor la cercetarea biomedicală a fost încheiat la 25 ianuarie 2005.

În condițiile asigurării unei protecții juridice internaționale genomului uman, a început activ să se încrimineze în legislațiile naționale faptele care atentează la genomul uman. La nivel național umane protecția juridică a geneticii umane este asigurată de legi supreme ale statelor, legi penale, legi speciale în domeniul biotehnologiilor, sau în secțiuni, capitole separate, articole din componența alte legi (privind reproducerea asistată medical, privind reglementarea celulelor stem, etc.).

E de menționat faptul că domeniile de reglementare diferă, la fel și spectrul acțiunilor incriminate. Sunt reglementate diferit astfel de aspecte ca: clonarea umană, proprietatea și comercializarea genelor, statutul embrionilor și al fetilor, poziția mamelor de substituție, conceptul de moarte și avort, situația donorilor de țesuturi și de organe, eugenia sau discriminarea genică, traficul de organe, țesuturi și celule umane; fertilizarea în vitro; clonarea umană; avortul ilegal, terapia genetică, etc.

În particular, astfel de componențe de infracțiune sunt incluse în codurile penale ale Franței – 1994, Spaniei – 1995, Republicii Salvador – 1997, Columbiei – 2000, Estoniei – 2001, Mexicului – 2002, Sloveniei - 2002 r., Slovaciei – 2003. În anumite state (Germania, Marea Britanie, Japonia Brazilia, Federația Rusă,

Israel, Australia, etc.) răspunderea penală pentru manipulări genetice a fost introdusă prin legi speciale.

În România, Legea nr. 301/2004 de modificare a Codului penal avea un capitol special dedicat domeniului genetic, intitulat „Crime și delicte privind manipularea genetică". Actualul Cod Penal al României nu conține reglementări speciale, care ar asigura protecția genomului uman. În urma inițiativelor mai multor deputați și senatori aparținând tuturor grupurilor parlamentare, a fost adoptată Legea specială privind interzicerea clonării și a aplicațiilor biomedicinei care încalcă drepturile omului și demnitatea umană[16].

Codul penal al Republicii Moldova nu protejează suficient genomul uman, nu acordă atenția cuvenită combaterii faptelor periculoase din domeniul ingineriei genetice. Nu există nici o lege specială în domeniul ingineriei genetice și nici nu este introdus un capitol special în Codul Penal destinat reglementării infracțiunilor în acest domeniu. Este incriminată "Clonarea umană", componență de infracțiune inclusă în Codul Penal al RM la categoria de infracțiuni contra păcii și securității omenirii, infracțiuni de război. Alte fapte care aduc atingere genomului uman nu sunt reglementate cert și concret, dar pot fi deduse din anumite componențe de infracțiune incriminate în legea penală în capitolul: "Infracțiuni contra vieții și sănătății persoanei"[17].

Fenomenul protecției penale împotriva manipulării genetice este relativ nou, pornind de la faptul că posibilitatea tehnică de realizare a faptelor social periculoase în domeniu se datorează progresului științific. Din acest motiv este absolut necesară abordarea științifică din punct de vedere al dreptului penal a fenomenului manipulării genetice, a modului cu acesta trebuie utilizat, astfel încât umanitatea să beneficieze de efectele pozitive ale acesteia, eliminând riscul involuției și degenerării speciei umane prin prisma efectelor negative imprevizibile în timp.

Legislația internațională în domeniul prevenirii și combaterii intervențiilor în patrimoniul genetic uman denotă preocuparea via-a-vis de acest domeniu, care impune elaborarea unei legislații naționale eficiente.

Protecția penală a genomului uman este absolut necesară, dată fiind importanța valorilor sociale care urmează a fi ocrotite prin normele dreptului penal: umanitatea, specia umană însăși, viața și sănătatea persoanei. Acest fapt justifică adoptarea măsurilor necesare pentru prevenirea și combaterea infracționalității în acest domeniu.

Se pune în discuție întrebarea care ar fi obiectul și conținutul acestei protecții juridice penale.

[16] Legea pentru interzicerea clonării și a aplicațiilor biomedicinii care încalcă drepturile omului și demnitatea umană. http://www.senat.ro/Legis/PDF/2010/ 10L464FS.pdf

[17] Codul Penal al Republicii Moldova. Nr. 985 din 18.04.2002. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 14.04.2009, nr. 72-74.

Astfel, în primul rând protecţia penală se realizează prin incriminarea faptelor de intervenţie în patrimoniul genetic cu efecte negative, respectiv se apără identitatea genetică a speciei umane şi raselor umane în diversitatea, unicitatea, integritatea şi sănătatea acestora, precum şi selecţia în mod natural.

În al doilea rând, protecţia penală se efectuează împotriva consecinţelor infracţiunilor de manipulare genetică a individului, astfel obiectul protecţiei devenind unicitatea şi irepetabilitatea speciei umane, în întregul său.

Important este să reţinem că în cazul infracţiunilor în domeniul genomului uman este pusă în pericol umanitatea. Unitatea de bază a acţiunii forţelor evolutive este individul, dar cea care evoluează este populaţia ca întreg.

Infracţiunile în domeniul ingineriei genetice necesită o definire conceptuală mult mai profundă decât cea existentă în prezent, pornind de la caracterul interdisciplinar al domeniului.

În conformitate cu prevederilor art. 14 din Codul Penal al RM, infracţiunea este o faptă (acţiune sau inacţiune) prejudiciabilă, săvârşită cu vinovăţie şi pasibilă de pedeapsă penală.

O infracţiune în domeniul genomului uman constituie fapta social periculoasă care atentează la genomul uman, la conservarea genofondului speciei umane, la dinamica diversităţii şi evoluţiei naturale, săvârşită cu vinovăţie şi pasibilă de pedeapsă penală.

În contextul definirii faptei antisociale care atentează la genomul uman, se impune necesitatea de a efectua o analiză a acestui tip de infracţiunii prin prisma trăsăturilor esenţiale ale infracţiunii.

Pericolul social al infracţiunii contra genomului uman este apreciat în dependenţă de valorile sociale protejate, afectate de fapta penală. Conservarea genofondului speciei umane, dinamica diversităţii şi evoluţiei naturale sunt noţiuni necesare în înţelegerea încadrării unor fapte de manipulare genetică în categoria infracţiunilor şi evitarea confuziilor între ceea ce se poate produce în mod natural şi acţiunea umană cu aceleaşi urmări periculoase.

Manipulările genetice în sensul modificării genomului uman, utilizării periculoase a ingineriei genetice, creării ilegale de embrioni umani şi clonării, afectează evoluţia naturală ca valoare fundamentală a speciei umane, determină scăderea gradului de adaptare a speciei. Făptuitorul unor astfel de acţiuni ia locul forţelor evoluţiei şi determină astfel dispariţia treptată a speciei în descendenţa imediată sau îndepărtată.

Vinovăţia reprezintă aspectul subiectiv al infracţiunii şi cuprinde atitudinea psihică a făptuitorului, faţă de fapta săvârşită şi urmările acesteia. Infracţiunile genetice sunt săvârşite cu vinovăţie, sub forma intenţiei directe. Făptuitorul conştientizează că tehnicile sale genetice duc la crearea fiinţelor umane, la alterarea genotipului uman, la utilizarea ilegală a ingineriei genetice, doreşte să le practice în vederea obţinerii acestui rezultat.

Ilegalitatea penală presupune obligativitatea prevederii faptei penale într-o dispoziție legală cu caracter incriminator. Condiția se consideră îndeplinită din momentul intrării în vigoare a normei juridico-penale care prevede și sancționează acea faptă. În acest context, accentuez că nu toate faptele social-periculoase care atentează la genomul uman sunt incriminate în legislația Republicii Moldova. În particular, sunt incriminate clonarea umană, avortul ilegal, sterilizarea chirurgicală fără acordul pacientei.

Totodată, nu sunt incriminate asemenea acțiuni ilegale ca crearea embrionilor umani, cercetările asupra embrionilor în alte scopuri decât reproducerea și testarea genetică; crearea de himere și transplantarea acestora în organismul uman; comerțul, importul sau exportul în/din Republica Moldova a materialului genetic clonat al ființelor umane; practicile eugenice prin care se tinde la organizarea selecției persoanelor, alterarea genotipului uman, utilizarea ilegală a ingineriei genetice.

Acțiunile social periculoase care pot afecta genomul uman urmează să atragă după sine pedeapsa cuvenită. În caz contrar, se pierde eficiența reglementărilor în domeniu. Spre exemplu, Elveția este unicul stat din lume care a reglementat la nivel de lege supremă faptele interzise în domeniul genomului uman. Totodată, este discutabilă eficiența acestor reglementări, deoarece nici în Constituție, nici în Codul Penal nu sunt prevăzute pedepse pentru comiterea acestor fapte.

La stabilirea pedepselor pentru faptele care afectează genomul uman, urmează a fi luată în considerație posibilitatea apariția efectelor negative în timp.

Totodată, este de menționat faptul că încadrarea unei sau altei fapte în categoria de fapte ce atentează la genomul uman este dificilă, iar incriminarea faptelor social periculoase în acest domeniu diferă de la stat la stat.

În anumite țări producerea armelor biologice este calificată expres ca faptă social periculoasă care atentează la genomul uman (spre exemplu în România, Spania). Totodată, infracțiunea de eutanasie care s-ar părea că nu are nimic domeniul geneticii umane este abordată în literatura de specialitate ca infracțiune ce afectează relațiile sociale în acest domeniu.

La definirea penală a faptelor de manipulare genetică este important să realizăm distincția între alterarea genotipului somatic, ce afectează doar individul și alterarea genotipului germinal, ce afectează comunitatea în descendență.

În acest context, consider posibilă divizarea convențională a faptelor social-periculoase ce atentează la genomul uman în trei categorii.

Prima categorie ar fi infracțiunile care afectează nemijlocit genomul uman, fiind comise prin metodele ingineriei genetice și pot avea consecințe negative pentru întreaga umanitate (spre exemplu clonarea, crearea ilegală de embrioni umani, utilizarea periculoasă a ingineriei genetice).

O altă categorie de infracțiuni sunt cele care afectează genomul unei singure persoane sau a unui cuplu, care au drept consecință întreruperea sau

modificarea liniei genetice a acestora: efectuarea ilegală a sterilizării chirurgicale. Pericolul acestor fapte este mai redus, deoarece ele afectează linia genetică a unei singure persoane.

A treia categorie ar fi fapte social-periculoase care ating alte valori, dar se reflectă indirect și asupra genomului uman: provocarea ilegală a avortului, traficul de organe, țesuturi și celule umane, eutanasia.

Normele ce reglementează manipularea genetică au un caracter interdisciplinar, nu numai penal, dar și medical, criminalistic, psihologic, constituțional, bioetic și ecogenetic. Aceasta datorită faptului că raporturile care se modifică prin infracțiunile de manipulare genetică nu sunt doar juridice, ci și sociale, culturale, interumane, între individ și autoritate, între individ și natură, raporturi ale vieții private dar și economice, ale existenței în sine și în raport cu mediul de viață sub toate aspectele.[18]

În acest context, pornind de la faptul că genomul uman constituie patrimoniul întregii umanități, se impune necesitatea responsabilizării întregii societăți, în particular al legiuitorului, în vederea asigurării unei protecții juridico-penale eficiente genomului uman.

Referințe

Arinis I., *Biologie - Anatomia şi fiziologia omului. Genetică şi ecologie umană*, Editura Art Educational, București, 2012

Badea M. și a. *Genetica. Genetică moleculară și inginerie genetică.* Vol. II, Fundația Biotech, București, 2000.

Cârjan L. *Compendiu de criminalistică*, Editura Fundației România de Mâine, București, 2004

Covic M. și a. *Principii de genetică medicală.* on-line

David B., *Applications and Issues of the Human Genome Project. Copyright 1999.* on-line

Dolfi A., *Genomul uman*, on-line

Pîslaru L. *Protecția juridico-penală a geneticii umane în unele state europene*, în Tendințe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători. 2017, pp. 187-197.

Pop L., *Manipularea genetică şi probleme de bioetică*, 2011. on-line

Radu G.A. *Discuții privind manipulările genetice din prisma reglementarilor juridice*, în EIRP Proceedings, 2011, 2.

[18] Pîslaru L. Protecția juridico-penală a geneticii umane în unele state europene. În: Tendințe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători. 2017, pp. 187-197.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-19

Principiul legalității – garanție juridică a respectării legii procesual-penale a Republicii Moldova și României

The Principle of Legality – A Legal Guarantee of Compliance with the Criminal Procedure Law of the Republic of Moldova and Romania

LUCIA RUSU[1]

Rezumat: Legalitatea procesului penal este principiul fundamental potrivit căruia desfășurarea întregului proces penal are loc potrivit dispozițiilor prevăzute de lege. Realizarea scopurilor procesului judiciar penal este posibilă doar în condițiile executării stricte și fără de echivoc a prevederilor legii procesual penale. Procesul penal este o varietate specială a activității statale, în desfășurarea căreia pot fi limitate unele drepturi și interese legitime ale persoanelor, din care considerente realizarea acestuia în limitele legii are o importanță deosebită. Pe de o parte, se garantează obținerea și posibilitatea utilizării în continuare a probelor, iar pe de altă parte, se protejează drepturile și libertățile cetățenilor, atrași în orbita procesului judiciar penal. În privința noțiunii de „legalitate” în literatura de specialitate nu se expune o opțiune unică. Fără a ne concentra atenția într-un mod special asupra analizei diferitelor puncte de vedere, vom menționa că poziția noastră cu referire la acest subiect este conformă cu perceperea legalității - ca o respectare și îndeplinire strictă, fermă și consecventă a normelor de drept. În situația de încadrare în limitele legii, actele juridice normează un regim necesar și determinat de activitate sau de abținere de la ea din partea organelor, organizațiilor, întreprinderilor, instituțiilor, cetățenilor și a persoanelor cu funcție de răspundere.

Cuvinte-cheie: legalitate, principiu, forma procesului penal, proces penal contradictorial, apărare, acuzare, funcție procesual-penală, învinuire, învinuit, inculpat, urmărire penală, judecată, căi de atac, sentință

Abstract: The legality of the criminal trial is the fundamental principle based on which the conduct of the entire criminal trial takes place according to the provisions of the law. Achieving the goals of the criminal judicial process is possible only under the conditions of strict and unequivocal fulfillment of the provisions of the criminal procedure law. The criminal trial is a special variety of state activity in the course of which the legitimate rights and interests of individuals may be limited, for which reason its implementation within the limits of the law is of particular importance. On the one hand, the obtaining

[1] Lector univ. dr., Facultatea de Drept și Științe sociale, Universitatea de Stat „Alecu Russo” din Bălți, email: lucia.rusu@usarb.md

and the possibility to continue using the evidence is guaranteed, and on the other hand, the rights and freedoms of the citizens attracted in the orbit of the criminal judicial process are protected. In the specialized literature, no single option is exposed regarding the notion of "legality". Without focusing our attention in a particular way on the analysis of different points of view, we will mention that our position on this subject is in line with the perception of legality - as a strict, firm and consistent observance and enforcement of the principles of law. In cases of compliance with the law, legal instruments regulate a necessary and determined regime of activity or abstention from it by bodies, organizations, enterprises, institutions, citizens and persons in positions of responsibility.

Keywords: legality, principle, form of criminal trial, adversarial criminal trial, defense, accusation, criminal procedure function, charge, accused, defendant, criminal prosecution, trial, remedies, sentence

Introducere

Pe măsura realizării juste și a integrării în mediul social, drepturile omului nu pot fi declarative, deoarece întregul sistem juridic este un pilon de chintesență obiectivă, iar în sistemul statal al relațiilor social-politice și juridice, desigur, persoana și drepturile ei trebuie să dețină un loc prioritar. În evoluție firească, funcția de reglementare și perfectibilitate a normelor de drept a suferit schimbări fiind axată pe grija de asigurare a drepturilor și intereselor cetățenilor. Pe drept vorbind, necesitatea instituirii unor noi forme procesual-penale a fost și rămâne, în mare parte, determinată de dorința stabilirii unui raport optim între interesele societății și ale cetățeanului. Și, dacă unele aspecte (cele dintâi) își găsesc expresia deplină în soluționarea sarcinilor legate de stabilirea adevărului în cauzele penale, apoi altele (cele de pe urmă) țin de asigurarea respectării drepturilor și intereselor legitime ale persoanei, toate contribuind finalmente la stabilirea adevărului.

Vizibil și inteligibil aici că de importanță deosebită este realizarea prevederilor principiului legalității în toate domeniile vieții în care acestea se regăsesc. Esențial, și legalitatea recunoscută practic de toată comunitatea democratică mondială este actualmente percepută nu doar ca un principiu al procesului penal, dar și ca statut deosebit în orice reglementare de natură juridică. Principiul legalității are astfel rolul unei pârghii în constituirea de noi conștiințe juridice reprezentând una dintre garanțiile de vârf într-un proces penal corect și în protecția cetățeanului în cazul atragerii neîntemeiate la răspundere penală. Anume acest principiu trasează caracterul activității organelor judiciare, antrenate în investigarea, examinarea și soluționarea cauzelor penale. Mai mult: realizarea acestui principiu determină poziția persoanei în societate, asigură protecția ei de la condamnările abuzive și neîntemeiate, drepturile și libertățile specifice participanților la procesul penal.

1. Reflecții de ordin general privind respectarea exigențelor principiului legalității

O concepție actuală modernă asupra statului de drept, pune pe prim plan ocrotirea individului, drepturile și libertățile recunoscute și garantate de lege, situând legea mai presus de orice persoană. Din această perspectivă, respectarea legii procesual-penale apare ca un imperativ absolut, a cărui îndeplinire trebuie realizată prin instituirea unor garanții juridice atât generale, cât și speciale, care să permită funcționarea corectă a mecanismelor statului de drept.

În ceea ce privește garanțiile juridice generale ale respectării legii procesual-penale, acestea se subsumează ideilor de așezare a procesului penal pe principii fundamentale democratice[2]. Obligația respectării legii este aceeași în toate domeniile vieții sociale[3].

Calitățile legii sunt *accesibilitatea* și *previzibilitatea*. Accesibilitatea legii are în vedere posibilitatea persoanei de a cunoaște conținutul dispozițiilor legale (de exemplu, cetățeanul să dispună de informații suficiente, în circumstanțele cauzei cu privire la existența și conținutul normelor juridice aplicabile într-un caz determinant). În al doilea rând, legea trebuie să fie previzibilă, adică să fie redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane – care la nevoie poate apela la consultanță de specialitate – să își corecteze conduita[4].

Confirmarea supremației legii în toate domeniile vieții sociale este posibilă doar în condițiile promovării și respectării prevederilor principiului legalității. Acest lucru este specific, îndeosebi procesului penal, ca activitate strict reglementată de lege, direcționată spre apărarea și consolidarea legalității și a ordinii de drept. Descoperirea infracțiunilor, identificarea făptuitorilor, atragerea la răspundere și pedepsirea lor – toate aceste activități se înfăptuiesc în strictă concordanță cu prevederile legii[5].

Cu privire la principiul legalității procesului penal, este necesară sublinierea a două aspecte în care acesta interferează cu dreptul constituțional. Primul vizează obligația legiuitorului infraconstituțional de a edicta norme care să respecte anumite condiții de calitate pe baza cărora să se desfășoare procedurile judiciare penale, în vreme ce al doilea aspect vizează acțiunea în timp

[2] B. Ștefănescu, *Garanțiile juridice ale respectării legii procesual-penale în activitatea de judecată*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 43.

[3] N. Volonciu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Vol. I, Editura Paideia, București, 1993, p. 82.

[4] M. Udroiu (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Vol. 1, Editura C. H. BECK, București, 2015, p. 6.

[5] П. А. Лупинская (ред.), *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации*, 3-е изд., Издательство ЮРИСТЪ, Москва, 2001, p. 120. (Lupinskaia P. *A. Ugolovno-proțessualinoie pravo Rossiiskoi Federații*. Izd. IURIST. M., 2001, p. 120).

a normelor de procedură penală, cu urmarea incidenței lor în cauzele penale pendinte.

În legătură cu primul aspect, pornind de la considerentele de principiu dezvoltate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, a fost pus, în mod esențial, accentul pe respectarea exigențelor de calitate a legislației interne, legislație care, pentru a fi comparabilă cu principiul preeminenței dreptului, trebuie să îndeplinească cerințele de *accesibilitate* (normele care guvernează materia procedurii penale trebuie reglementate la nivel de lege), *claritate* (normele trebuie să aibă o redactare fluentă și inteligibilă, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce, într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie), *precizie și previzibilitate* (*lex certa*, norma trebuie să fie redactată clar și precis, astfel încât să permită oricărei persoane – care, la nevoie, poate apela la consultanță de specialitate – să își coreleze conduita și să fie capabilă să prevadă, într-o măsură rezonabilă, consecințele care pot apărea dintr-un act determinat)[6].

2. Principiul legalității pe plan procesual-penal

Principiul legalității procesuale este o transpunere pe plan procesual a principiului general de drept al supremației și respectării necondiționate a dreptului. Acest principiu se deduce și din caracterul de ordine publică a normelor de drept procesual penal. Principiul cuprins în această regulă de bază privește legalitatea procesuală în realizarea justiției penale, legalitatea substanțială a acesteia fiind asigurată prin incidența principiului fundamental de drept penal al legalității incriminării și sancțiunilor de drept penal.

Legalitatea procesuală trebuie să asigure și respectarea legalității substanțiale, fără a i se substitui acesteia din urmă. Principiilor *nullum crimen sine lege* și *nulla poena sine lege* din dreptul penal le corespunde în dreptul procesual penal principiul *nulla justitia sine lege*[7].

Legalitatea este un principiu universal, care se reflectă în toate celelalte principii și norme ale procesului penal, caracterizând toate laturile activității procesual-penale. Ea ocupă un loc deosebit în sistemul principiilor procesului penal, fiind denumită în unele surse de specialitate ca un principiu al tuturor principiilor[8].

---

[6] D. M. Morar (coord.), *Codul de procedură penală în jurisprudența Curții Constituționale. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 2.

[7] I. Dolea, D. Doman, Iu. Sedlețchi, T. Vizdoagă, *Drept procesual penal*, Editura Cartier Juridic, Chișinău, 2005, p. 66.

[8] П. А. Лупинская (ред.), *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации*, 3-е изд., Издательство ЮРИСТЪ, Москва, 2001, p. 121.

Legalitatea procesului penal este principiul fundamental potrivit căruia desfășurarea întregului proces penal (atât în cursul urmăririi penale, cât și al camerei preliminare sau al judecății ori cu ocazia punerii în executare a hotărârilor penale definitive, precum și a altor proceduri penale, are loc potrivit dispozițiilor prevăzute de lege. Astfel, pe de o parte, trebuie să existe o lege previzibilă și accesibilă, conformă standardelor constituționale și de protecție a drepturilor omului, care să prevadă regulile procedurale, iar, pe de altă parte, este necesar ca actele și probele în procesul penal să fie efectuate potrivit legii[9].

Principiul legalității procesuale reprezintă o consacrare a principiului *nullum iudicium sine lege*, precum și a principiului preeminenței dreptului într-o societate democratică în scopul asigurării unei garanții efective pentru a preveni arbitrarul în materie de urmărire penală, condamnare sau aplicare a pedepsei[10].

În realizarea actului de justiție penală, legalitatea procesuală se completează cu legalitatea incriminării, potrivit căreia infracțiunile trebuie prevăzute în mod clar, precis și previzibil de lege (*nullum crimen sine lege*), și cu legalitatea pedepsei, potrivit căreia pedepsele și măsurile ce pot fi luate împotriva persoanelor care săvârșesc infracțiuni trebuie să fie prevăzute în mod clar, precis și previzibil de lege (*nulla poena sine lege*).

Ca efect al principiului legalității, în procesul penal, sub aspect procedural, este aplicabil numai principiul imediatei aplicări a legii de procedură. Excepțiile de la acest principiu trebuie să fie prevăzute explicit de lege, nefiind posibilă aplicarea lor pe cale de interpretare[11].

Principiul legalității (*întâlnit în literatura de specialitatea și sub denumirea de principiul preemineție dreptului – n.n.*), reprezintă una din garanțiile privitoare la desfășurarea procesului penal. El se opune oricărei ingerințe din partea legislativului în actul de justiție și cu atât mai mult din partea executivului, fără a fi exclusă, totuși, posibilitatea ca puterea legislativă să adopte reglementări cu efect retroactiv, în situații bine determinate[12]. Dispozițiile retroactive trebuie să respecte nu doar oportunitatea („situații bine determinate"), ci și dispozițiile constituționale și penale substanțiale potrivit cărora doar legea penală mai favorabilă (sens larg, inclusiv cea de dezincriminare) pot retroactiva.

În procesul penal, principiul legalității presupune respectarea strictă de către organele de drept, de către persoanele cu funcție de răspundere, antrenate în cercetarea și examinarea cauzelor penale și de către persoanele participante

[9] M. Udroiu (coord.), *op. cit.*, p. 6.

[10] *Idem*, p. 7.; Hotărârea CEDO în cauza *SW c. Marea Britanie*, din 22 noiembrie 1995, par. 34 [online] la https://jurisprudentacedo.com/SW-contra-Marea-Britanie-Principiul-legalitatii-Previzibilitatea-normei-penale-Conditii.html, accesat la 13.09.2021

[11] M. Udroiu (coord.), *op. cit.*, pp. 7-8.

[12] C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, Vol. I. *Drepturi și libertăți*, Editura ALL BECK, București, 2005, pp. 503-504.

la proces a tuturor normelor materiale şi procesuale pe durata efectuării acţiunilor procesuale, luării deciziilor, exercitării drepturilor şi îndeplinirii obligaţiilor obligaţiunilor[13].

Respectarea legalităţii în procesul penal prezintă importanţă cu atât mai mult cu cât în acest domeniu necesită apărare unele drepturi şi libertăţi cetăţeneşti dintre cele mai importante, iar pe de altă parte sunt conferite organelor judiciare posibilităţi de luare împotriva persoane acuzate de comiterea unor fapte penale a unor măsuri de maximă gravitate, cum ar fi: reţinerea, aplicarea de sechestre, efectuarea de percheziţii, ridicarea de obiecte etc.[14].

Pe durata întregului proces penal, legalitatea reprezintă condiţia obligatorie a valabilităţii juridice a tuturor acţiunilor şi hotărârilor procesuale. Persoanele cu funcţie de răspundere, antrenate în activitatea procesual-penală au obligaţia nu doar de a respecta prevederile legii, dar şi de a cere un asemenea respect în raport cu normele legale şi din partea altor persoane[15].

Legalitatea este mai mult decât un principiu explicit al procesului penal, întinderea sa acoperind de fapt întreaga activitate judiciară înscrisă în normele de procedură penală, indiferent dacă prin procedurile respective se realizează sau nu un proces penal prin care se soluţionează litigiul izvorât din săvârşirea unei infracţiuni. Este neîndoielnic că atunci când se desfăşoară o procedură de reabilitare judecătorească, o reparare a pagubei pricinuite de condamnarea sau arestarea pe nedrept, se recunoaşte o hotărâre sau alt act judiciar străin sau se procedează la înlocuirea ori reconstituirea unor înscrisuri, principiul legalităţii se aplică tot aşa de consecvent, niciuna din procedurile speciale amintite neputându-se realiza decât în strictă conformitate cu legea[16].

3. Caracteristici şi garanţii procesuale ale principiului legalităţii

Potrivit unei opinii exprimate în literatura de specialitate, principiul legalităţii în procesul penal se manifestă prin următoarele caracteristici:

1) înfiinţarea prin lege a instanţelor judecătoreşti, a Parchetului şi a organelor de urmărire penală, precum şi desfăşurarea activităţii acestora în compunerea şi limitele competenţei acordate de lege;

2) respectarea de către subiecţii oficiali ai procesului penal, pe tot parcursul procesului penal, a legii procesual-penale şi a altor dispoziţii legale;

3) respectarea integrală a drepturilor procesuale acordate de lege participanţilor şi utilizarea numai a mijloacelor şi metodelor admise de lege;

---

[13] А. С. Кобликов (ред.), *Учебник уголовного процесса*, Издательство СПАРК, Москва, 1995, p. 29.

[14] N. Volonciu, *op. cit.*, p. 83.

[15] А. В. Гриненко, *Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный*, Издательство ЭКСМО, Москва, 2006, p. 57.

[16] N. Volonciu, *op. cit.*, p. 83.

4) efectuarea fiecărui act procesual sau procedural în conținutul și formele stabilite de lege.

Pentru asigurarea respectării legalității în cursul desfășurării procesului penal legiuitorul a instituit o serie de garanții procesuale:

a) nulitatea actelor efectuate cu încălcarea dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal;

b) decăderea din exercițiul unor drepturi procesuale ca sancțiune procesuală;

c) aplicarea unei amenzi judiciare pentru încălcarea obligațiunilor procesuale;

d) calificarea ca infracțiune a încălcărilor foarte grave a legii procesual-penale[17].

Unii doctrinari identifică următoarele garanții juridice care asigură legalitatea procesului penal: a) supremația legii în activitatea de judecată și organizarea unui sistem jurisdicțional legal, de drept comun și fără caracter excepțional, care permite folosirea căilor de atac; b) reglementarea nulității actelor efectuate prin încălcarea dispozițiilor legale care reglementează desfășurarea procesului penal; c) decăderea din exercițiul unor drepturi procesuale, ca sancțiuni procesuale; d) aplicarea unei amenzi judiciare pentru încălcarea obligațiilor procedurale; e) calificarea ca infracțiuni a încălcărilor foarte grave ale legii procesual-penale; f) reglementarea unui control sistematic și eficient prin care pot fi descoperite și înlăturate actele procesuale și procedurale ilegale în conținutul cărora intră controlul respectării legii de către organele de cercetare penală[18].

Abaterea de la prevederile normelor de procedură penală din motive de raționalitate sau din orice alte considerente nu este admisă. Principiul legalității ghidează întregul sistem de principii procesuale, obligându-ne să respectăm atât normele de drept, cât și totalitatea principiilor caracteristice unui proces penal. Dacă anumite principii ale procesului penal nu ar avea caracter obligatoriu, rezultă că întregul sistem procesual s-ar deteriora, fapt ce ar determina o ilegalitate. Or, am putea susține fără nici o rezervă că principiul legalității poate fi caracterizat ca un principiu al tuturor principiilor[19].

Principiul legalității procesului penal este aplicabil în egală măsură tuturor activităților instanței de judecată, părților și altor participanți la procesul penal, toți fiind obligați să respecte legea în activitatea lor procesuală. Respectarea principiului legalității asigură concomitent respectarea tuturor principiilor

[17] I. Dolea, D. Doman, Iu. Sedlețchi, T. Vizdoagă, *op. cit.*, pp. 70-71.

[18] Gh. Mateuț, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Vol. I, Editura C. H. Beck, București, 2007, pp. 154-155.

[19] А. С. Кобликов (ред.), *Учебник уголовного процесса*, Издательство СПАРК, Москва, 1995, pp. 29-30.

procesului penal, situația fiind determinată de statutul principiului legalității ca principiu-cadru și ca primă condiție a existenței celorlalte principii[20].

4. Principiul legalității în practica Curții Europene a Drepturilor Omului

În cauza *Coeme c. Belgia,* Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reamintit că principiul legalității dreptului procesual penal este un principiu general de drept. Acest principiu primează asupra legalității dreptului penal și este consacrat prin adagiul „*nullum judicium sine lege*". De asemenea, acesta impune anumite exigențe cu privire la desfășurarea procedurii, pentru a garanta procesul echitabil, care implică respectarea egalității armelor. În speță, Curtea a considerat că incertitudinea din cauza lipsei normelor de procedură stabilite în prealabil, plasa reclamantul într-o situație dezavantajoasă în raport cu autoritățile de urmărire, ceea ce l-a lipsit pe dl Coeme de un proces echitabil în sensul art. 6, § 1 din Convenție[21].

În viziunea Curții Europene a Drepturilor Omului, dreptul la un proces echitabil constituie expresia cea mai elocventă a principiului preeminenței dreptului. Cu privire la acesta, instanța europeană a subliniat că își găsește concretizarea în art. 6 al Convenției, care, garantând dreptul la un proces echitabil, expune detaliat imperativele acestei noțiuni pentru „acuzațiile" în materie penală. Noțiunea de „proces echitabil" a cunoscut o evoluție dintre cele mai notabile în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, marcată, în special, de importanța atribuită aparențelor și de sensibilizarea crescândă a opiniei publice cu privire la garanțiile unei bune justiții[22]. În legătură cu aceasta, s-a precizat că eventualele aprehensiuni ale justițiabililor cu privire la caracterul echitabil al procedurilor la care participă nu sunt de neglijat, dar, pentru a fi luate în seamă, trebuie să poată fi considerate justificate obiectiv[23].

[20] I. Dolea, D. Doman, Iu. Sedlețchi, T. Vizdoagă, *op. cit.*, p. 71.

[21] I. Dolea, *Codul de procedură penală al Republicii Moldova (Comentariu aplicativ),* ed. a 2-a, Editura Cartea Juridică, Chișinău, 2020, p. 51; Hotărârea CtEDO în cauza *Coeme c. Belgia*, din 22 iunie 2000, nr. 32492/96, par. 99-103 [online] la https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-63450%22]}, accesat la 15.09.2021

[22] Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 154; Hotărârea CtEDO în cauza *Brogers c. Belgia*, din 30 octombrie 1991, nr. 214-B, par. 24 [online] la https://jurisprudentacedo.com/BORGERS-c.-BELGIEI-Interdictia-pentru-un-acuzat-de-a-raspunde-la-concluziile-trase-cu-prilejul-audierii-in-fata-Curtii-de-casatie-de-catre-un-magistrat-al-Ministerului-Public-si-participarea-acestui-m.html, accesat la 15.09.2021.

[23] Gh. Mateuț, *op. cit.*, p. 154; Hotărârea CtEDO în cauza *Kraska c. Elveția*, din 19 aprilie 1993, nr. 254-B, par. 32 [online] la https://hudoc.echr.coe.int/fre#{ %22itemid%22:[%22001-62385%22]}, accesat la 16.09.2021.

Într-o altă cauză, *Amann c. Elveția*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a menționat că nu poate fi considerată „lege" decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite individului să-și corecteze conduita. În special, o normă este previzibilă atunci când oferă o anumită garanție contra atingerilor arbitrare ale puterii publice[24].

Actualmente, în vederea consolidării principiului legalității în procesul penal, alături de sancțiunile procedurale, sancțiunile care au caracter administrativ, civil sau penal, ce își găsesc aplicarea în funcție de gravitatea încălcării legii, sunt reglementate numeroase posibilități de control sistematic și eficient prin care pot fi descoperite și înlăturate actele procesuale și procedurale nelegale[25].

5. Limitele legalității procesului penal

Legalitatea procesului penal implică și unele limite în aplicarea acestui principiu, care sunt determinate de dispozițiile legii de procedură penală. Astfel, încălcările de lege lipsite de importanță, care nu au avut nicio influență negativă asupra desfășurării procesului penal și soluționării juste a cauzei, nu atrag nulitatea actelor asupra cărora s-au produs; depășirea termenului de atacare a unei hotărâri judecătorești atrage menținerea hotărârii, deși există posibilitatea să se fi încălcat legea în cauza respectivă. Aceste limite, existente în orice legislație de procedură penală, se explică prin necesitatea respectării unei discipline în desfășurarea procesului, în vederea realizării scopului acestuia într-un termen rezonabil[26].

De asemenea, reținem că principiul legalității consacrat de Codul de procedură penală, în virtutea căruia „*Procesul penal se desfășoară potrivit dispozițiilor prevăzute de lege*", este un principiu care se subsumează principiului supremației Constituției, nicio normă procesual penală care contravine sau se abate de la standardele de protecție constituțională neputând constitui temei al desfășurării procesului penal, deci reper al aplicării principiului legalității[27].

[24] I. Dolea, *op. cit.*, p. 51; Hotărârea CtEDO în cauza *Amann c. Elveția*, din 16 februarie 2000, nr. 27798/95, par. 56 [online] la https://jurisprudentacedo.com/Amann-contra-Elvetia-Supravegherea-persoanei-Conditiile-legii-interne.html, accesat la 16.09.2021

[25] I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a 3-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2020, p. 91.

[26] Gr. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, ed. a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 64.

[27] D. M. Morar (coord.), *Codul de procedură penală în jurisprudența Curții Constituționale. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2021, pp. 5-6.

Concluzii și recomandări

Confirmarea supremației legii în toate domeniile de activitate social-statală este posibilă doar în condițiile promovării și respectării stricte a prevederilor principiului legalității. Acest lucru este, în mare parte, specific procesului penal, ca activitate reglementată de lege, direcționată spre apărarea și consolidarea legalității și a ordinii de drept. Descoperirea infracțiunilor, identificarea făptuitorilor, aplicarea unei pedepse echitabile, inadmisibilitatea atragerii la răspundere a persoanelor care nu au nicio vină, apărarea drepturilor și libertăților persoanelor antrenate în sfera procesului penal sunt așa dar posibile doar în condițiile respectării stricte a prevederilor principiului legalității.

La un loc și fiecare în parte luate, principiile procesului penal reprezintă o expresie directă și nemijlocită a legalității, deoarece încălcarea oricărui dintre acestea reprezintă concomitent o abatere de la prevederile legii. De înțeles că principiile procesului penal nu completează principiul legalității, ci îi concretizează indubitabil conținutul. Legalitatea este realizată atât prin prisma celorlalte principii ale procesului penal, cât și nemijlocit. Cerințele ei cuprind de fiecare dată conținutul și forma exterioară a activității de aplicare a normelor de drept, servind drept condiție fundamentală, de bază pentru folosirea corectă și corespunzătoare a normelor de drept.

Și în fine, cu titlu de *lege ferenda*, recomandăm completarea art. 7 din Codul de procedură penală al Republicii Moldova cu alin. (10), cu următorul conținut: „*Încălcarea normelor de procedură penală de către reprezentanții organelor de urmărire penală pe durata procesului penal are ca efect recunoașterea probelor obținute ca fiind inadmisibile. Ordonanțele organelor de urmărire penală, încheierile și hotărârile instanței de judecată trebuie să fie legale, întemeiate și motivate în modul corespunzător*".

Referințe

Bîrsan C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, Vol. I. *Drepturi și libertăți,* Editura ALL BECK, București, 2005.

Dolea I., *Codul de procedură penală al Republicii Moldova.* (*Comentariu aplicativ*), ed. a 2-a, Editura Cartea Juridică, Chișinău, 2020.

Dolea I., Doman D., Sedlețchi Iu., Vizdoagă T., *Drept procesual penal*, Editura Cartier Juridic, Chișinău, 2005.

Mateuț Gh., *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Vol. I, Editura C. H. BECK, București, 2007.

Morar D. M. (coord.), *Codul de procedură penală în jurisprudența Curții Constituționale. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2021.

Neagu I., Damaschin M., *Tratat de procedură penală. Partea generală*, ed. a III-a, rev. și ad., Editura Universul Juridic, București, 2020.

Ștefănescu B., *Garanțiile juridice ale respectării legii procesual-penale în activitatea de judecată*, Editura Hamangiu, București, 2007.

Theodoru Gr., *Tratat de drept procesual penal*, ed. a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2013.

Udroiu M. (coord.)., *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Vol. 1, Editura C. H. BECK, Bucureşti, 2015.

Volonciu N., *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Vol. I, Editura Paideia, Bucureşti, 1993.

Гриненко А. В., *Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный,* Издательство ЭКСМО, Москва, 2006.

Кобликов А. С. (ред.)., *Учебник уголовного процесса*, Издательство СПАРК. Москва, 1995.

Лупинская П. А. (ред.)., *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации.* 3-е изд., Издательство ЮРИСТЪ, Москва, 2001.

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-20

Contractul ca izvor al poziției de garant și principiul legalității incriminării

The Contract as a Source of the Duty to Act and the Principle of Legality

CRISTINA NICORICI[1]

Rezumat: Infracțiunea comisivă săvârșită prin omisiune nu este echivalentă cu orice inacțiune, ci presupune neîndeplinirea unei obligații de a acționa, obligație ce poate fi impusă prin lege, stabilită prin contract sau poate rezulta din conduita anterioară a subiectului (conform art. 17 Cod penal român). La o primă vedere, ar părea însă că prevederea unei obligații de a acționa în cuprinsul unui contract reprezintă o încălcare a principiului legalității incriminării. În acest sens, s-a încercat, în anul 2018, modificarea art. 17 C. pen. și eliminarea contractului și a conduitei anterioare ca surse a obligației de a acționa, modificare care însă a fost declarată neconstituțională de Curtea Constituțională a României, prin decizia nr. 650/2018. În cuprinsul acestui articol se va analiza așadar în ce măsură este încălcat principiul legalității incriminării prin prevederea unei obligații de a acționa, a cărei încălcare atrage răspunderea penală a persoanei, într-un contract.

Cuvinte-cheie: comisiune prin omisiune, omisiune improprie, contract, obligație de a acționa, principiul legalității incriminării

Abstract: The crime committed by omission is not equivalent with every inaction of a person, but it supposes failure to comply with a duty to act, duty that can be imposed by the law, regulated in a contract or that can result from a previous conduct of the subject (according to art. 17 of Romanian Criminal code). At first sight, it might seem that regulating a duty to act in a contract represents a violation of the principle of legality. Is was attempted, in 2018, a modification of the provision of article 17 of Criminal code resulting in elimination of the contract and the previous conduct as sources of the duty to act, modification that was declared as unconstitutional by the Constitutional Court of Romania (decision nr. 650/2018). In this article it will be analyzed, therefore, in what measure it can be said that it is violated the principle of legality by foreseeing the duty to act, whose failure attracts criminal liability, in a contract.

Keywords: commission by omission, improper omission, contract, duty to act, principle of legality.

[1] Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timişoara, email: cristina.nicorici@e-uvt.ro

I. Introducere

Jurisprudența Curții Constituționale a României este relativ constantă în a sublinia că principiul legalității incriminării presupune redactarea unor norme penale clare, accesibile, și previzibile, și că completarea normelor penale se face numai cu norme de același rang sau de rang superior.

În ceea ce privește infracțiunea omisivă improprie, reglementată în articolul 17 din Codul penal, unul din izvoarele obligației de a acționa este contractul, prevăzut expres de lege. În anul 2018, s-a încercat modificarea articolului 17, considerându-se de către inițiatorii modificării că o astfel de reglementare, care permite existența unor obligații relevante penal în contracte, încalcă principiul legalității incriminării[2]. Tangențial, s-a atins și problema neconstituționalității conduitei anterioare ca izvor al poziției de garant. În cadrul acestui articol voi analiza atât argumentele inițiatorilor modificării legislative, cât și a Curții Constituționale referitoare la această problemă. Nu în ultimul rând, decizia Curții Constituționale nr. 650/2018 este relevantă din perspectiva faptului că consacră obligația de a acționa ca element constitutiv al infracțiunii omisive improprii.

II. Inițiativa de modificare a art. 17 C. pen. – pretinsa încălcare a principiului legalității incriminării

În toamna anului 2018, s-a încercat adoptarea unei Legi pentru modificarea și completarea Codului penal român de către 110 deputați. Chestiunile modificate vizau probleme multiple, ce nu sunt de interes pentru subiectul acestui articol, dar vizau și infracțiunea comisivă prin omisiune.

Inițiatorii, prin expunerea de motive[3], au arătat, cu privire la dispozițiile art. 17 din Codul penal următoarele:

„*Articolul 17 urmează a fi modificat având în vedere că actuala normă reglementează, în mod nelegal și contrar Constituției, două modalități de săvârșire a infracțiunii, una dată de o obligație legală și cealaltă dată de o obligație contractuală. Această posibilitate de a avea o conduită prohibită de înțelegeri contractuale este interzisă de Decizia nr. 405/2016 a Curții Constituționale, unde se*

[2] Am analizat compatibilitatea comisiunii prin omisiune cu principiul legalității incriminării pe larg în Cristina Nicorici, *Comisiunea prin omisiune și principiul legalității incriminării*, în F. Ciopec, L-M. Stănilă, I.C. Pașca (coord.), *Previzibilitatea legislației și jurisprudenței în materie penală*, Editura Universul Juridic, București, 2019.

[3] Disponibilă online la https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiliJ7jpO3xAhXG_rsIHX76AEgQFjAAegQIBRAD&url=http%3A%2F%2Fwww.cdep.ro%2Fcomisii%2Fsuasl_justitie%2Fpdf%2F2018%2Frd_0418.pdf&usg=AOvVaw0iNEEK8_olXQBj1q7KEk6G, accesat la 18.11.2021.

arată că potrivit principiului legalității incriminării, este obligatoriu ca din punct de vedere penal atunci când este vorba de infracțiune, acțiunea sau inacțiunea ce constituie conținutul acesteia să fie configurată numai de actele normative primare. Pentru acest motiv, obligațiile contractuale nu pot constitui temei al răspunderii penale deoarece, pe de o parte acestea nu sunt prevăzute de acte normative primare, iar pe de altă parte aceste obligații rezultă din înțelegeri realizate de subiecte de drept privat sau și de drept privat și ele angajează răspunderea civilă contractuală a celui care le nesocotește, sens în care există deja reglementare legală dată de legea civilă, pentru astfel de situații. În plus, Curtea Constituțională a statuat, în aceeași Decizie, 405/2016 că norma încălcată trebuie să conțină expres în ce trebuie să constea acțiunile sau inacțiunile subiectului, și acestea să nu rezulte din raționamentul judecătorului învestit cu soluționarea cauzei. Textul de la art. 17, litera b) se impune a fi abrogat dată fiind lipsa de previzibilitate a acestuia, deoarece prin modul de reglementare permite includerea în cuprinsul unei infracțiuni de rezultat a actelor preparatorii, care nu au valență penală la infracțiunile pentru care nu este sancționată tentativa (cum sunt infracțiunile de prejudiciu), aspect care este nelegal și nu poate fi acceptat".

Ca atare, având în vedere argumentele de mai sus, se propune următoarea formulă pentru art. 17 din Codul penal: „*Infracțiunea comisivă care presupune producerea unui rezultat se consideră săvârșită și prin omisiune, când: a) există o obligație expresă de a acționa prevăzută de lege*".

Observăm că autorii propunerii nu și-a dat osteneala să elimine măcar marcatorul „a)", deși, dacă modificarea ar fi intrat în vigoare, obligația legală ar fi rămas singura sursă a obligației de a acționa.

Se observă că inițiatorii modificării aveau în vedere (sperăm) teoria izvoarelor formale a poziției de garant. În opinia autorilor modificării, înțelegerile contractuale (care sunt „altele decât cele legale" (sic!)), nu pot fundamenta o răspundere penală pentru că s-ar încălca principiul legalității incriminării. Acest argument este cel mai important, și vom analiza perspectiva Curții Constituționale în următoarea secțiune.

Este însă lipsit de relevanță că încălcarea obligațiilor juridice „angajează răspunderea civilă contractuală a celui care le nesocotește, sens în care există deja reglementare legală dată de legea civilă", câtă vreme nimic nu interzice cumul de răspunderi civile și penale.

În ceea ce privește argumentele de neconstituționalitate de la litera b) a art. 17 C. pen., nu putem decât rămâne perplecși: probabil că autorii modificării, prin acțiunea sau inacțiunea anterioară, au înțeles un act preparatoriu care face parte din faza externă a aceleiași infracțiuni. Or, acest înțeles este complet greșit, față de ce înseamnă conduita anterioară ca izvor al poziției de garant[4]. Este de

[4] A se vedea pe larg despre teoria conduitei anterioare E. Gimbernat Ordeig, *La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición*, în *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, vol. I, 1997, p. 20, D.M. Luzón Peña, *Omisión impropia o comisión por*

subliniat, de altfel, că Curtea Constituțională nu răspunde cu privire la argumentele necesității abrogării art. 17 lit. b) C. pen.

În ceea ce privește „infracțiunile de prejudiciu", consultând orice manual de drept penal – partea generală[5], vom putea observa că nu se precizează niciunde că la aceste infracțiuni tentativa nu ar fi incriminată, și că, prin urmare, nici eventualele acte preparatorii nu ar trebuie să fie. Pe de altă parte, mergând câteva articole (ce e drept, mai multe), până la art. 228 C. pen. și urm., putem observa că la infracțiunea de furt, ce bănuiesc că poate fi catalogat în mod clasic ca „infracțiune de prejudiciu", este incriminată tentativa[6]. Prin urmare, nici acest argument nu este pertinent.

Oricum, aceste observații nu au absolut nicio relevanță în materia infracțiunii omisive improprii, ceea ce ne arată cam cât de mult s-a înțeles din acest concept la nivelul legiuitorului.

Inițiatorii obiecției de neconstituționalitate a legii de modificare susțin că, prin excluderea posibilității săvârșirii infracțiunii comisive, prin omisiune, în ipoteza existenței unei obligații exprese de a acționa în temeiul unui contract, se ajunge la eliminarea răspunderii penale în privința unor fapte cu consecințe deosebit de grave. Se arată că, în expunerea de motive a legii, inițiatorii acesteia au justificat o asemenea măsură prin prisma Deciziei nr. 405 din 15 iunie 2016. Or, decizia menționată nu ar fi aplicabilă în această situație, din moment ce art. 17 C. pen. reprezintă tocmai legea care incriminează încălcarea obligațiilor contractuale. Se concluzionează în sensul că restrângerea incriminării infracțiunii comisive prin omisiune doar la situația în care ar exista o obligație expresă de a acționa prevăzută de lege este de natură să lipsească de protecție valori sociale fundamentale, precum dreptul la viață, sănătate, integritate fizică etc.

omisión, în *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nr. 6/2017, p. 193, E. Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2006 p. 197, F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 289, C. Izquierdo Sánchez, *Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante*, în *Revista Chilena de Derecho*, nr. 2/2006, p. 330 și p. 335.

[5] V. Pușcașu, *Drept penal. Partea generală I*, Editura Universul Juridic, București, 2020, pp. 281 – 283, M.I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală. Curs teoretic în domeniul licenței (I)*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 643 – 646, C-tin Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român*, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 299 – 301, F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, pp. 476 – 481.

[6] Art. 228 alin. (1) C. pen.: Luarea unui bun mobil din posesia sau deținția altuia, fără consimțământul acestuia, în scopul de a și-l însuși pe nedrept, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă. Art. 232 C. pen.: Art. 232 C. pen.: Tentativa la infracțiunile prevăzute în prezentul capitol se pedepsește.

III. Decizia Curții Constituționale nr. 405/2016 (M. Of. nr. 517 din 08.07.2016)

Inițiatorii modificării susțin că, prin menținerea articolului 17 din Codul penal în forma actuală se încalcă cele statuate de Curtea Constituțională prin decizia 405/2016.

Să reamintim așadar câteva dintre fragmentele fundamentale ale aceste decizii, deși inițiatorii modificării nu se deranjează să indice care anume fragmente ar fi încălcate:

Par. 57: *„Curtea constată că dispozițiile art.246 din Codul penal din 1969 și cele ale art.297 alin. (1) din Codul penal încalcă prevederile constituționale ale art.1 alin. (5), întrucât sintagma „îndeplinește în mod defectuos" nu prevede în mod expres elementul în legătură cu care defectuozitatea este analizată".*

Par. 60 – 61: *„(...) Curtea statuează că neîndeplinirea ori îndeplinirea defectuoasă a unui act trebuie analizată numai prin raportare la atribuții de serviciu reglementate expres prin legislația primară — legi și ordonanțe ale Guvernului. Aceasta deoarece adoptarea unor acte de reglementare secundară care vin să detalieze legislația primară se realizează doar în limitele și potrivit normelor care le ordonă. 61. Curtea reține că ilicitul penal este cea mai gravă formă de încălcare a unor valori sociale, iar consecințele aplicării legii penale sunt dintre cele mai grave, astfel că stabilirea unor garanții împotriva arbitrariului prin reglementarea de către legiuitor a unor norme clare și predictibile este obligatorie. Comportamentul interzis trebuie impus de către legiuitor chiar prin lege (înțeleasă ca act formal adoptat de Parlament, în temeiul art.73 alin. (1) din Constituție, precum și ca act material, cu putere de lege, emis de Guvern, în temeiul delegării legislative prevăzute de art.115 din Constituție, respectiv ordonanțe și ordonanțe de urgență ale Guvernului) neputând fi dedus, eventual, din raționamente ale judecătorului de natură să substituie normele juridice. În acest sens, instanța de contencios constituțional a reținut că, în sistemul continental, jurisprudența nu constituie izvor de drept așa încât înțelesul unei norme să poată fi clarificat pe această cale, deoarece, într-un asemenea caz, judecătorul ar deveni legiuitor (Decizia nr. 23 din 20 ianuarie 2016, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 240 din 31 martie 2016, paragraful 16)".*

Ce merită observat este că Curtea Constituțională este mult mai fermă cu privire la completarea normelor penale numai cu norme penale de aceeași valoare juridică sau de valoare juridică superioară în decizia 365/2015[7] (M. of. nr.

[7] A se vedea, spre exemplu, par. 27 din această decizie: *„Însă, pentru a fi îndeplinită cerința de accesibilitate a legii, nu este suficient ca o lege să fie adusă la cunoștință publică, ci este necesar ca între actele normative care reglementează un anumit domeniu să existe atât o conexiune logică pentru a da posibilitatea destinatarilor acestora să determine conținutul domeniului reglementat, cât și o corespondență sub aspectul forței lor juridice.*

495/06.07.2015), decât în decizia 405/2016, unde nu se precizează expres acest aspect. Cu toate acestea, inițiatorii modificării nu invocă (și) decizia nr. 365/2015.

Referitor la argumentul încălcării celor statuate prin decizia nr. 405/2016, Curtea Constituțională reține prin decizia 650/2018 că prin Decizia 405/2016 *„nu a abordat infracțiunea comisivă prin omisiune, ci elementul material al laturii obiective a infracțiunii de abuz în serviciu. În consecință, o aplicare particulară a art. 17 lit. a) din Codul penal în privința art. 297 din același cod nu justifică eliminarea tezei referitoare la obligația contractuală de a acționa din cuprinsul art. 17 lit. a) din Codul penal, text a cărui aplicabilitate nu se rezumă numai la abuzul în serviciu".* Merită menționat în acest context că, având în vedere că infracțiunea de abuz în serviciu prevede două modalități de comitere alternative, una omisivă și una comisivă, art. 17 din Codul penal nici nu ar fi aplicabil cu privire la această faptă[8].

IV. Perspectiva Curții Constituționale a României – decizia nr. 650/2018 (M. Of. 97/7.02.2019)

Curtea Constituțională a României reține *„că, în toate ramurile de drept, izvoarele obligațiilor sunt legea și alte acte/fapte juridice privind raporturi juridice producătoare de drepturi și obligații în sarcina părților. Astfel, unul dintre izvoarele obligațiilor îl reprezintă și contractul (art. 1.165 din Codul civil), definit ca acordul de voință dintre două sau mai multe persoane, exprimat cu intenția de a constitui, de a modifica sau de a stinge un raport juridic (art. 1.166 din Codul civil). Având în vedere obiectul contractului, Curtea reține că acesta poate da naștere unor obligații de a acționa de natură a proteja dreptul la viața și la integritate fizică și psihică a persoanei. Cu titlu exemplificativ, Curtea reține obligația de asistență a copilului, ce rezultă din contractul încheiat de părinți cu bona acestuia, obligație care trebuie exercitată în perioada în care minorul se află sub supravegherea bonei; transferul acestei obligații în sarcina bonei are ca efect exonerarea părinților de obligația de asistență a copilului, ce rezultă din dispozițiile art. 493 din Codul civil*

Nu este așadar admisă o reglementare disparată a domeniului sau care să rezulte din coroborarea unor acte normative cu forță juridică diferită".

[8] În același sens s-a reținut și în jurisprudența română, a se vedea Decizia penală nr. 666 din 24 septembrie 2018 a Curții de Apel Alba Iulia (disponibilă online la www.rolii.ro, accesat la 17.11.2021): *„Curtea constată că dispoziția ce reglementează varianta-tip a infracțiunii de abuz în serviciu prevede expres omisiunea echivalentă acțiunii — neîndeplinirea unui act— ca modalitate distinctă de săvârșire a acestei infracțiuni. Astfel, concluzia care se impune este că în varianta comisivă infracțiunea de abuz în serviciu nu poate fi săvârșită printr-o omisiune în doctrină s-a arătat că, potrivit dispozițiilor art. l 7 din Codul penal, sunt susceptibile de a fi săvârșite prin inacțiune numai infracțiunile comisive care presupun producerea unui rezultat material explicit în norma de incriminare*".

referitor la supravegherea copilului. Așa fiind, conform texului criticat, decesul minorului, ca urmare a neîndeplinirii de către bonă a obligației de a-l hrăni sau de a-l proteja, nu mai poate determina pedepsirea bonei pentru săvârșirea unei infracțiuni de omor, în condițiile eliminării din cuprinsul art. 17 lit. a) din Codul penal a trimiterii la obligațiile de natură contractuală, întrucât infracțiunea de omor ar fi săvârșită prin omisiunea de a acționa, obligație ce rezultă din contractul încheiat de către părinții minorului cu bona. Aceleași probleme le ridică răspunderea penală a medicilor din sistemul privat de sănătate, a căror activitate este organizată în sistem individual, raportat la vătămarea integrității fizice sau psihice ori decesul pacientului, ca urmare a neîndeplinirii de către medic a unei obligații de a face, prevăzută în contractul de furnizare a serviciilor medicale".

Observăm așadar deocamdată că Curtea Constituțională a României privește izvorul contractual strict din perspectiva unui izvor formal, și nu analizează acest izvor din perspectiva teoriei izvoarelor materiale. Mai observăm că, raportat la cele două exemple menționate, al bonei și al medicilor, Curtea regândește teoria răspunderii pentru omisiune, arătând că, pentru ca o infracțiune să fie comisă prin omisiune (dacă omisiunea nu este reglementată expres – deci dacă nu discutăm despre o infracțiune omisivă proprie) trebuie să existe o obligație de a acționa. Așadar nu este corect să spunem, spre exemplu, despre infracțiunea de omor că se poate comite prin acțiune sau prin inacțiune, ci vom spune că aceasta se comite prin acțiune sau prin inacțiune, dar în acest ultim caz numai dacă există o obligație de a acționa.

Curtea continuă arătând că „*în planul dreptului penal substanțial, Curtea reține că, în urma modificării operate prin legea supusă controlului de constituționalitate asupra art. 17 lit. a) din Codul penal, obligația convențională de a acționa/de a interveni pentru a împiedica alte forțe să producă rezultatul incriminat nu mai poate constitui elementul material al laturii obiective* (s.m.) *a unei infracțiuni și că, în absența unei asemenea incriminări, omisiunea rămâne doar o încălcare a unei obligații civile, sociale sau morale, fără semnificație penală".*

Referitor la acest aspect, merită să subliniem următoarele: pe de o parte, este de lăudat că Curtea Constituțională consacră în acest fragment, ca și în următoarele, că obligația de a acționa face parte din latura obiectivă a infracțiunii. Pe de altă parte, din punctul meu de vedere, se remarcă o eroare: Curtea susține că obligația de a acționa ar constitui elementul material al infracțiunii, ceea ce este greșit. Elementul material este acțiunea sau inacțiunea incriminată, iar în cazul infracțiunii omisive improprii acesta constă într-o inacțiune, în neîndeplinirea obligației de a acționa. Existența obligației de a acționa este, după cum am mai arătat, un element distinct din structura laturii obiective a infracțiunii omisive improprii[9].

[9] Am analizat pe larg structura infracțiunii omisive improprii în Cristina Nicorici, *Latura obiectivă a infracțiunii omisive improprii*, în *Dreptul crizei. Crizele dreptului*, Editura Universul Juridic, Timișoara, 2021.

Curtea Constituțională continuă: *„Astfel, în condițiile în care legiuitorul impune, la nivel de principiu, ca săvârșirea infracțiunii să fie condiționată de o acțiune comisivă prin omisiune* (s. m.), *aplicabilă doar unei obligații legale de a acționa, Curtea constată că, în ipoteza existenței unei obligații contractuale de a acționa, protecția drepturilor și libertăților fundamentale nu mai poate fi realizată prin mijloace de drept penal, ceea ce denotă o reducere a nivelului de protecție al acestora*".

Remarcăm formularea pe care o folosește Curtea Constituțională: *„legiuitorul impune, la nivel de principiu, ca săvârșirea infracțiunii să fie condiționată de o acțiune comisivă prin omisiune*". Subliniez că această apreciere este eronată, infracțiunea comisivă prin omisiune presupune într-adevăr, să existe o infracțiune comisivă care presupune producerea unui rezultat, și să existe o omisiune relevantă penal, pe lângă alte elemente[10], dar este greșit să susținem că este posibilă o „acțiune comisivă prin omisiune". Acțiunea este o formă a comportamentului uman, și nu poate să constea într-o inacțiune, nici nu poate îmbrăca forma unei „acțiuni comisive prin omisiune". În cazul nostru, discutăm despre o infracțiune care are ca *verbum regens* o acțiune, dar al cărei rezultat poate fi realizat și printr-o inacțiune. Pe de altă parte, este corect argumentul Curții cum că, dacă s-ar menține modificarea propusă, protecția anumitor valori sociale ar lipsi.

Dar să citim în continuare decizia Curții: *„având în vedere argumentele mai sus invocate, Curtea reține că modificarea dispozițiilor art. 17 lit. a) din Codul penal, în sensul eliminării din cuprinsul acestora a variantei săvârșirii infracțiunii comisive prin omisiune, atunci când există o obligație contractuală de a acționa, determină imposibilitatea angajării răspunderii penale, pentru fapte de omor, de ucidere din culpă, de vătămare corporală ori vătămare corporală din culpă, a numeroase subiecte de drept care, prin neîndeplinirea unor obligații de a face, rezultate din contractele încheiate cu victimele, în vederea prestării unor servicii, determină moartea acestora. Prin urmare, modificarea legislativă analizată diminuează, în mod semnificativ, rolul preventiv al dispozițiilor art. 17 din Codul penal, cu consecința lipsirii de protecție penală a persoanelor care încheie contracte similare celor mai sus analizate, sub aspectul ocrotirii dreptului la viață și la integritate fizică și psihică al acestora. Cum relațiile contractuale de natura celor anterior referite sunt extrem de numeroase și de diverse, modificarea legislativă analizată lipsește de protecție penală un număr extrem de mare de subiecte de drept, aspect ce semnifică neîndeplinirea de către legiuitor a obligației prevăzute la art.*

[10] A se vedea pe larg despre structura infracțiunii omisive improprii A. Kaufmann, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 114 și urm., E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 128 și urm., Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 814 și urm., E. R.Zaffaroni, A. Slokar, A. Alagia, *Derecho penal: parte general*, Editar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002, p. 573 și urm.

22 alin. (1) din Legea fundamentală, aceea de a garanta dreptul la viață, precum și dreptul la integritate fizică și psihică ale persoanei. Referitor la dreptul Parlamentului de a dezincrimina fapte prevăzute de legea penală, prin Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 104 din 12 februarie 2007, Curtea Constituțională a statuat că, „potrivit art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală, respectarea Constituției este obligatorie, de unde rezultă că Parlamentul nu-și poate exercita competența de incriminare și de dezincriminare a unor fapte antisociale, decât cu respectarea normelor și principiilor consacrate prin Constituție. De exemplu, Parlamentul nu ar putea defini și stabili ca infracțiuni, fără ca prin aceasta să încalce Constituția, fapte în conținutul cărora ar intra elemente de discriminare dintre cele prevăzute de art. 4 alin. (2) din Legea fundamentală. Tot astfel, Parlamentul nu poate proceda la eliminarea protecției juridice penale a valorilor cu statut constituțional, cum sunt dreptul la viață, libertatea individuală, dreptul de proprietate sau, ca în cazul analizat, demnitatea omului". S-a constatat, prin aceeași decizie, că „libertatea de reglementare pe care o are Parlamentul în aceste cazuri se exercită prin reglementarea condițiilor de tragere la răspundere penală pentru faptele antisociale care aduc atingere valorilor prevăzute și garantate de Constituție".

Prin urmare, nu numai că art. 17 lit. a) teza a II-a C. pen. este compatibilă cu principiul legalității incriminării, dar eliminarea acestei reglementări ar duce la încălcarea marjei de apreciere a legiuitorului în activitatea de legiferare, fiind incompatibilă cu principiul legalității incriminării.

Curtea arată că o astfel de reglementare este în acord cu principiul legalității incriminării: *„din Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 25 mai 1993, pronunțată în Cauza Kokkinakis împotriva Greciei, paragraful 52, rezultă că, prin consacrarea normativă, cu caracter general, a infracțiunii comisive prin omisiune (temei al angajării răspunderii penale și în cazul unui comportament omisiv), se realizează unul dintre aspectele materiale ale principiului legalității, acela al redactării textelor legale cu suficientă claritate, pentru ca orice persoană să poată ști, din modul de redactare a dispoziției pertinente și, dacă este cazul, cu ajutorul interpretării instanțelor, care sunt acțiunile și omisiunile care angajează răspunderea sa penală. Mai mult, argumentul invocat, de altfel, și în Expunerea de motive 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, potrivit căruia modificarea legislativă criticată rezultă, cu necesitate, din Decizia Curții Constituționale nr. 405 din 15 iunie 2016, prin care instanța de contencios constituțional a statuat că elementele ce configurează conținutul constitutiv al infracțiunilor trebuie să fie reglementate prin acte normative primare, este lipsit de pertinență prin raportare la infracțiunile contra vieții și la infracțiunile contra integrității corporale sau a sănătății, întrucât conținutul constitutiv al acestor infracțiuni este prevăzut, într-o manieră clară, precisă și previzibilă, la capitolele I și II ale titlului I al părții speciale a Codului*

penal. În aceste condiții, aspectul nașterii, pe cale contractuală, a formelor concrete pe care le îmbracă, în practică, elementele ce formează conținutul constitutiv al acestor infracțiuni, respectiv concretizarea lor în obligații contractuale de a acționa, nu încalcă exigențele principiului legalității incriminării, forma în vigoare a art. 17 lit. a) din Codul penal fiind în acord cu Decizia Curții Constituționale nr. 405 din 15 iunie 2016".

Așadar, conform Curții Constituționale a României, existența unor obligații contractuale de a acționa nu presupune o încălcare a principiului legalității incriminării, pentru că faptele ce se comit în modalitatea comisiunii prin omisiune sunt reglementate prin legi penale, și numai formele concrete pe care le îmbracă conținutul constitutiv al acestor infracțiuni se concretizează în obligații contractuale.

Prin urmare, Curtea reține că acesta poate da naștere unor obligații de a acționa de natură a proteja dreptul la viața și la integritatea fizică și psihică a persoanei. Așadar, *„a elimina posibilitatea săvârșirii infracțiunii comise prin omisiune atunci când obligația de a acționa decurgea dintr-un contract înseamnă, în primul rând, o diminuare a protecției penale a unor valori sociale primordiale, precum dreptul la viață, dreptul la integritate fizică, dreptul la sănătate, libertatea individuală. O asemenea diminuare a forței de constrângere a statului echivalează cu încălcarea obligațiilor pozitive care rezultă din art. 1 alin. (3) din Constituție, respectiv stabilirea unui cadru normativ apt și capabil să protejeze drepturile și libertățile fundamentale, inclusiv prin folosirea mijloacelor de drept penal atunci când valorile sociale lezate sunt de o importanță primordială. În al doilea rând, se constată că legiuitorul și-a încălcat marja de apreciere în privința configurării normei de incriminare, având în vedere că textul analizat este de aplicabilitate generală în privința normelor din partea specială a Codului penal, conținutul său normativ neraportându-se numai la art. 297 din Codul penal. Prin urmare, se încalcă și art. 61 din Constituție".*

V. Concluzii

Așadar, raportat la această decizie, putem să concluzionăm câteva chestiuni principale.

În primul rând, Curtea Constituțională a României, raportat la infracțiunea omisivă improprie, face referire expresă la teoria formală a obligațiilor de garant, evitând să menționeze teoria izvoarelor materiale.

În al doilea rând, se recunoaște compatibilitatea art. 17 lit. a) teza a II-a C. pen. cu principiul legalității incriminării. Ca o consecință indirectă, aș spune că, dacă izvorul contractual este compatibil cu principiul legalității incriminării cu atât mai mult vor fi relevante izvoarele sub legislative (ordine de ministru, regulamente etc.) din perspectiva „legii" ca izvor al poziției de garant.

De asemenea, o chestiune foarte importantă este faptul că Curtea Constituțională subliniază că în conținutul constitutiv al infracțiunii omisive improprii este cuprinsă obligația de a acționa. Este relevant în acest sens următorul paragraf: „În aceste condiții, aspectul nașterii, pe cale contractuală, a formelor concrete pe care le îmbracă, în practică, elementele ce formează conținutul constitutiv al acestor infracțiuni, respectiv concretizarea lor în obligații contractuale de a acționa (...)". Așadar, consider că acesta este un pas în plus înspre a înțelege că omisiunea nu este relevantă penal în sine, ci numai dacă este expres reglementată de lege (și discutăm așadar despre o infracțiune omisivă proprie) sau sunt întrunite condițiile de tipicitate ale infracțiunii omisive improprii (printre elementele din latura obiectivă regăsindu-se și obligația de a acționa). De altfel, consider că Curtea Constituțională, prin exemplele oferite regândirea relevanței penale a inacțiunii în acest sens, ceea ce reprezintă, din punctul meu de vedere, un pas în plus înspre o gândire juridică structurată cu privire la infracțiunea omisivă improprie.

Referințe

Bacigalupo E., *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2006

Gimbernat Ordeig E., *La omisión impropia en la dogmática alemana. Una exposición*, în *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, vol. I, 1997

Izquierdo Sánchez C., *Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante*, în *Revista Chilena de Derecho*, nr. 2/2006

Kaufmann A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006,

Luzón Peña D.E., *Omisión impropia o comisión por omisión*, în *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nr. 6/2017

Mărculescu – Michinici M.I., Dunea M., *Drept penal. Partea generală. Curs teoretic în domeniul licenței (I)*, Editura Hamangiu, București, 2017

Mitrache C-tin, Mitrache C., *Drept penal român*, Editura Universul Juridic, București, 2019

Pușcașu V., *Drept penal. Partea generală I*, Editura Universul Juridic, București, 2020

Roxin C., *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014

Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2014

Zaffaroni E. R., Slokar A., Alagia A., *Derecho penal: parte general*, Editar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-21

Despre principiul legalității în activitatea judecătorului de instrucție în legislația Republicii Moldova

About the Principle of Legality in the Activity of the Instruction Judge in the Legislation of the Republic of Moldova

VASILE POPA[1]

Rezumat: Principiul legalității reprezintă fundamentul activității statale, ce reflectă voința poporului, în necesitatea apărării intereselor și desfășurarea normală a vieții sociale, situație care nu este posibilă fără respectarea strictă a acestui principiu, întrucât în caz contrar s-ar ajunge la dezordine socială. Respectarea Constituției și a legilor este o cerință a statului de drept, care reclamă că cetățenii să cunoască cu precizie drepturile și obligațiile ce le revin, iar statul să le creeze cadrul organizatoric adecvat pentru exercitarea acestor drepturi și îndeplinirea obligațiilor. Prin urmare toate autoritățile statale au un rol deosebit în apărarea legalității, potrivit specificului activității pe care o desfășoară. În baza principiului legalității acțiunea in dreptul penal trebuie să se întemeieze pe lege, baza de referință a aprecierii, atât ca activitate, cât ca sistem de organizare.

Cuvinte-cheie: principii, legalitate, judecător de instrucție, atribuții, proceduri, garanții, drepturi, libertăți

Abstract: The principle of legality is the foundation of state activity, which reflects the will of the people, in the need to defend interests and the normal development of social life, a situation that is not possible without strict observance of this principle, otherwise it would lead to social disorder. Respect for the Constitution and the law is a requirement of the rule of law, which requires citizens to know precisely their rights and obligations, and the state to create the appropriate organizational framework for the exercise of these rights and fulfillment of obligations. Therefore, all state authorities have a special role in defending legality, according to the specifics of the activity they carry out. Based on the principle of legality, the action in criminal law must be based on the law, the reference basis of the assessment, both as an activity and as a system of organization.

Keywords: principles, legality, investigative judge, attributions, procedures, guarantees, rights, freedoms

[1] Doctorand, Universitatea de Stat din Moldova, Școala Doctorală Științe Juridice, email: sile_popa@yahoo.com

1. Considerații prealabile

O dată cu adoptarea Declarației de Independență a Republicii Moldova și a Legii privind suspendarea unor articole din Constituție, a apărut necesitatea obiectivă de a reorganizarea pe baze noi a sistemului organelor autorității de stat și a organelor de justiție.

Astfel, în anul 1992 Ministerul Justiției a elaborat concepția de reformă judiciară, iar din vara anului 1994 Parlamentul Republicii Moldova a consolidat concepția reformei judiciare și de drept, care prevedea reorganizarea sistemului organelor de ocrotire a normelor de drept și reforma în domeniul legislație[2].

Potrivit articolului 114 din Constituția Republicii Moldova[3], justiția se înfăptuiește în numele legii numai de instanțele judecătorești. Această prerogativă exclusivă fiind acordată prin lege doar instanțelor de judecată sporește siguranța cetățenilor de la eventualele abuzuri din partea instituțiilor statale.

În scopul aplicării principiului separării puterilor în stat și implicit delimitarea funcției judiciare de celelalte funcții ale organelor statului, separarea atribuțiilor, scoaterea instanțelor judecătorești din sfera de interese și stabilirea unor incompatibilități și restricții, cu valoare de garanții ale independenței pentru realizarea actului de justiție, nu este suficientă numai activitatea instanței, deoarece lanțul de activități care începe cu descoperirea infracțiunilor, identificarea făptuitorilor și continuă cu strângerea probelor, administrarea acestora și soluționarea definitivă a cauzei, este opera mai multor organe ale statului împuternicite să efectueze acest ansamblu de activități[4].

Instituția judecătorului de instrucție este o instituție relativ nouă în sistemul de drept al Republicii Moldova, prima dată fiind reglementată începând cu anul 1994, în urma completării Codului de procedură penală în vigoare în acea perioadă, totuși nu a fost introdusă noțiunea propriu-zisă, ci doar primele atribuții specifice judecătorului de instrucție.

În anul 1998, Codul de procedură a fost completat cu capitolul XX[1] întitulat „Controlul judiciar asupra procedurii pre-judiciare", care oferea posibilitatea de a contesta în instanța de judecată hotărârile și acțiunile organelor de urmărire penală și ale procurorului, contestații ce erau examinate de mai mulți judecători din cadrul instanței de judecată, care ulterior nu puteau judeca în fond cauzele penale, situație care a dus la numeroase de strămutări a dosarelor în alte instanțe de judecată[4], întrucât judecătorii examinând chestiuni specifice urmăririi penale se expuneau asupra unor materiale din cadrul dosarului, ceea ce evident făcea imposibilă participarea ulterioară la examinarea cauzei. Odată

[2] Roman D., Vizdoagă T., Grigoriu A., *Organele de ocrotire a normelor de drept,* Editura Cartier, Chișinău, 2001, p. 48.

[3] Constituția Republicii Moldova, publicată în Monitorul Oficial nr. 1 din 12.08.1994, Republicată.

[4] Paraschiv C.S., *Drept procesual penal,* Editura LuminaLex, București, 2002, p. 13.

cu reorganizarea instituțională, au fost puse în aplicare noile coduri, astfel, în conformitate cu Legea cu privire la punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Moldova nr. 205-XV din 29.05.2003[5], în judecătoriile de drept comun a fost instituită funcția de judecător de instrucție, fiind determinate atribuțiile și competența acestuia. Acesta fiind punctul de plecare a instituției autonome a judecătorului de instrucție, independent în relațiile cu celelalte organe de drept și instanțe judecătorești și exercitându-și atribuțiile numai în temeiul legii și în cadrul acesteia.

Judecătorii din toate instanțele judecătorești, precum și judecătorul de instrucție, așa cum stipulează lege[6] au un statut unic și se disting între ei numai prin împuternicirile și competențele sale specifice, ei fiind în egală măsură independenți, imparțiali și inamovibili și se supun numai legii iar orice persoană, organizație, autoritate sau instituție este obligată să respecte independența judecătorilor și să nu admită imixtiuni în activitatea acestora.

În conformitate cu articolul 6 punctul 24 din C.pr.pen R.M., prin noțiunea de judecător de instrucție înțelegem judecătorul care este abilitat cu unele atribuții proprii urmăririi penale, precum și de control judiciar asupra acțiunilor procesuale efectuate în cadrul urmăririi penale, funcția principală fiind supravegherea desfășurării urmăririi penale și de a nu permite organelor de urmărire penală să încalce drepturile persoanelor implicate în proces[7].

Prin comparația noțiunii judecătorului de instrucție cu prevederile din România acesta este numit judecător de drepturi și libertăți și potrivit articolului 53 al Codului de procedură penală al României, este judecătorul care, în cadrul instanței, potrivit competenței acesteia, soluționează, în cursul urmăririi penale, cererile, propunerile, plângerile, contestațiile sau orice alte sesizări, în esență se poate bine observa că atribuțiile ce rezultă din cele două noțiuni au elemente comune.

Instituția judecătorului de instrucție este una complexă reușind să combine în sine elemente specifice atât urmăririi penale cât și cele judecătorești, reușind să se regăsească în sistemul judecătoresc și să demonstreze necesitatea și importanța acestei instituții.

[5] Legea nr. 544 cu privire la statutul judecătorului din 20.07.1995, în Monitorul Oficial nr. 117-119 din 15.08.2002

[6] Macrinici S., Gribincea V., Guzun I., *Raport privind reforma instituției judecătorului de instrucție în Republica Moldova*, Editura Imprint Star, Chișinău, 2015, p. 15.

[7] Rotaru V., *Societatea și justiția penală: Ghid pentru jurnaliști și activiștii din domeniul drepturilor omului,* Editura Cartier, Chișinău, 2012, p. 37.

2. Rolul în cadrul sistemului judecătoresc

O dată cu ratificarea Convenția europeană a drepturilor omului[8] Republica Moldova și-a asumat obligația să garanteze oricărei persoane aflate sub jurisdicția sa drepturile și libertățile stipulate în Convenție și a acceptat să supună executarea acestei obligații unui control juridic internațional, efectuat de către CtEDO. Principiile Convenției descriu controlul judiciar ca fiind o garanție judiciară ce constituie verificarea de către o instanță competentă, independentă și imparțială, sesizată în modul stabilit de lege, a acțiunilor organului de urmărire penală și a organului care efectuează activitate specială de investigație în scopul depistării și înlăturării încălcărilor drepturilor și libertăților omului în faza de urmărire penală. Orice măsură restrictivă sau privativă de drepturi și libertăți fundamentale, recunoscute de Convenție, luate în cursul urmăririi penale față de bănuit, învinuit necesită să fie autorizată în prealabil de către o instanță, care verifică legalitatea măsurii și modul în care au fost respectate principiile necesității și proporționalității acestor măsuri[9].

Art.10 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, stabilește dreptul oricărei persoane în deplină egalitate de a fi audiata în mod echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial care va hotărî fie asupra drepturilor și obligațiilor sale, fie asupra temeiniciei oricărei acuzări în materie penală îndreptată împotriva sa, aspect ce evidențiază calitățile necesare deținute de o instanță pentru a răspunde criteriilor internaționale în materia drepturilor omului și care trebuie să fie mai presus de toate independentă și imparțială.

Judecătorul de instrucție făcând parte din autoritatea judecătorească în pofida activității sale profesionale îi sunt asigurate prin lege[10] o serie de garanții, aici vom evidenția că aceste garanții nu trebuie văzute ca niște beneficii personale acordate persoanei judecătorului, ele fiind necesare funcției pe care o deține și atribuțiilor profesionale pe care le exercită pentru buna desfășurare a procesului și excluderea oricăror imixtiuni în activitatea profesională, art. 1 al Legii cu privire la statutul judecătorului, stabilind că judecătorul de instrucție este independent, imparțial, inamovibil și se supune numai legii.

[8] Hotărârea Parlamentului nr. 1298 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și a unor protocoale adițI.ale la această Convenție din 14.07.1997, MO nr. 54-55/502 din 21.08.1997.

[9] Zubco Valeriu (coord.), *Ghidul judecătorului de instrucție,* Editura Cartier, Chișinău, 2007, p. 16-19.

[10] Legea nr. 544 cu privire la statutul judecătorului din 20.07.1995, în MO nr. 117-119 din 15.08.2002.

În avizul Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni[11] la pct. 9) s-a stabilit că independența judecătorilor, într-o societate globalizată și interdependentă, ar trebui să apară în ochii fiecărui cetățean drept o garanție a adevărului, libertății, respectării drepturilor omului și a justiției imparțiale nesupusă influențelor externe. Independența judecătorilor nu este o prerogativă sau un privilegiu acordat în interesul lor propriu, ci le este o garanție în interesul supremației dreptului și al celor care caută și cer dreptate. Independența drept condiție a imparțialității judecătorilor este, prin urmare, o garanție a egalității cetățenilor în fața justiției.

Imparțialitatea trebuie interpretată printr-un dublu sens: demersul subiectiv, adică încercarea de a se determina convingerea personală a unui judecător într-o anumită împrejurare și demersul obiectiv prin care se urmărește a se determina dacă judecătorul cauzei oferă garanții suficiente pentru a exclude, în persoana sa orice bănuială legitimă[12].

Inamovibilitatea judecătorului de instrucție este asigurată prin condițiile, procedura și termenele expres prevăzute în legislație care determină îndepărtarea, retrogradarea, transferarea, promovarea judecătorilor de instrucție în funcție. Așadar prin principiile asigurate activității judecătorilor se garantează protecția împotriva imixtiunilor din exterior asupra activității profesionale a magistraților și asigurarea calității actului de justiție.

Instituția judecătorul de instrucție îmbină o complexitate de atribuții specifice, astfel conform articolului 300 C. pr. pen. RM acesta examinează demersurile procurorului privind autorizarea efectuării acțiunilor de urmărire penală, examinează necesitatea autorizării măsurilor speciale de investigație stabilind necesitatea și proporționalitatea acțiunilor autorizate cu restrângerea drepturilor persoanei. Totodată aplică măsurile procesuale de constrângere care limitează drepturile și libertățile constituționale ale persoanei. Acesta este abilitat cu examinarea plângerilor împotriva actelor ilegale ale procurorului, organului de urmărire penală, precum și organului care exercită activitatea specială de investigații.

În cazul existenței unui pericol al încălcării termenului rezonabil, în faza urmăririi penale, participanții la proces pot înainta judecătorului de instrucție o cerere privind accelerarea urmăririi penale, care va fi examinată într-un termen de 5 zile, ceea ce evident sporește încrederea societății în activitatea judecătorului de instrucție.

Judecătorul de instrucție datorită atribuțiilor sale reprezintă un garant al respectării drepturilor fundamentale ale omului, pe motiv că acesta autorizează

[11] Avizul nr. 10 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) în atenția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei referitor la Consiliul Justiției în serviciul societății din 23.11.2007.

[12] Poalelungi M. *Manualul judecătorului pentru cauze penale*, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală", Chișinău 2013, p. 168.

efectuarea diverselor acțiuni care limitează drepturile și libertățile persoanei în privința căreia se efectuează acțiunea procesuală. Deci judecătorul controlează și dă apreciere legalității acțiunilor în cadrul urmăririi penale, excluzând posibilele abuzuri din partea subiecților oficiali implicați în conducerea și exercitarea urmăririi penale.

3. Atribuțiile judecătorului de instrucție

Competența instanțelor judecătorești nu se rezumă doar la examinarea fondului cauzei, legiuitorul atribuie judecătoriilor și soluționarea unor chestiuni ce țin de urmărirea penală. Competența funcțională evidențiată este exercitată de către subiectul specializat, din cadrul judecătoriei, adică judecătorul de instrucție.

3.1. În cadrul acțiunilor de urmărire penală

În conformitate cu prevederile Codului de procedură penală al R.M., judecătorul de instrucție are un statut unic cu ceilalți judecători din cadrul instanțelor de judecată, însă având atribuții proprii urmăririi penale, precum și de control judiciar asupra acțiunilor procesuale efectuate în cadrul urmăririi penale.

Organul de urmărire penală se expune asupra acțiunilor procesuale prin intermediul ordonanțelor, procurorul pe lângă ordonanțe dispune și demersuri, judecătorul de instrucție se expune prin intermediul încheierilor.

Conform articolului 304 C. pr. pen. R.M., drept temei pentru începerea procedurii de autorizare a efectuării acțiunilor de urmărire penală și aplicării măsurilor procesuale de constrângere îl constituie ordonanța motivată a organului învestit cu astfel de împuterniciri și demersul procurorului prin care se solicită acordul pentru efectuarea acțiunilor respective. La ordonanță se anexează materialele ce confirmă necesitatea efectuării acestor acțiuni/măsuri procesuale.

Articolul 41 al C.pr.pen R.M. stipulează competențele judecătorului de instrucție ce asigură controlul judecătoresc în cadrul urmăririi penale prin: *dispunerea, înlocuirea, încetarea sau revocarea arestării preventive și a arestării la domiciliu; dispunerea liberării provizorii a persoanei reținute sau arestate, revocarea ei, ridicarea provizorie a permisului de conducere a mijloacelor de transport; autorizarea efectuării percheziției, examinării corporale, punerii sub sechestru a bunurilor, ridicării de obiecte ce conțin secret de stat, comercial, bancar, a exhumării cadavrului; dispunerea internării persoanei în instituție medicală; autorizarea interceptării comunicărilor, reținerii, cercetării, predării, percheziționării sau ridicării trimiterilor poștale, înregistrării de imagini; audierea martorilor în condițiile art. 109, 110 și 110/1; examinarea cererilor privind accelerarea urmăririi penale; autorizarea, la demersul procurorului, a efectuării*

măsurilor speciale de investigații, date prin lege în competența sa; examinarea contestațiilor depuse asupra acțiunilor procurorului ierarhic superior; efectuarea altor acțiuni procesuale prevăzute de codul de procedură penală.

La autorizarea de către judecătorul de instrucție a acțiunilor de urmărire penală este necesar de a racorda circumstanțele speței cu principiile asigurate de Codul de procedură penală. Așadar, procesul penal se va desfășura în strictă conformitate cu prevederile legale, asigurându-se legalitatea procesului penal și prezumția nevinovăției, egalitatea tuturor persoanelor în fața legii, organelor de urmărire penală, instanței de judecată, aplicându-se principiile legale față de toți participanții. Respectarea drepturilor, libertăților și demnității umane fiind o prerogativă într-un stat de drept, iar acțiunile procesuale nu trebuie îndreptate spre lezarea abuzivă a acestora. Inviolabilitățile stipulate în CPP și anume, a persoanei, domiciliului, proprietății, vieții private pot fi restricționate doar în cazurile expres prevăzute de lege, aplicabilitatea acestora se va realiza cu precauție excluzând toate dubiile privind necesitatea aplicării.

3.2. În cadrul măsurilor preventive

Instituirea și reglementarea măsurilor preventive sunt determinate de specificul justiției penale și realizarea principiului inevitabilității pedepsei penale pentru infracțiunea săvârșită. În urma căruia deseori cel bănuit, învinuit sau inculpat se opune cu înverșunare acțiunilor de tragere la răspundere penală, zădărnicind astfel realizarea acesteia[13].

Potrivit art. 175, alin. (1), (2) C. pr. pen. măsurile preventive sunt definite drept măsurile cu caracter de constrângere prin care bănuitul, învinuitul, inculpatul este împiedicat să întreprindă anumite acțiuni negative securității și ordinii publice sau asupra asigurării executării sentinței, având drept scop asigurarea bunei desfășurări a procesului penal sau a împiedica bănuitul, învinuitul, inculpatul să se ascundă de urmărirea penală sau de judecată, spre aceea ca ei să nu împiedice stabilirea adevărului.

Fundamentarea teoretică privind natura juridică a măsurilor preventive își găsește temeiul în interferența manifestată în orice domeniu de reglementare între limitele fixate de lege și posibilitățile de exercitare a drepturilor subiective. Aceste limite sunt determinate atât de cerințele generale ale dezvoltării societății, cât și de trăsăturile specifice ale domeniului de relații la care se referă. În consecință, urmează a se reține că limitele aduse exercitării drepturilor persoanei nu trebuie privite ca o sacrificare, încălcare sau abandonare a acestora. Limitele respective sunt prevăzute și strict determinate de lege, au un caracter de excepție fiind instituite și trebuind a fi folosite numai în cazuri de extremă

[13] Dolea I., Roman D., Sedleţchi I., Vîzdoagă T., Rotaru V., Cerbu A., Ursu S., *Drept procesual penal: Partea generală*, Editura Cartdidact, Chișinău 2005, p. 256.

necesitate, sunt proporţionale cu nevoile create de interesul superior, pe care îl deservesc şi sunt de interpretare restrictivă[14].

Măsurile preventive nu constituie sancţiuni penale şi nici sancţiuni procesual penale datorită faptului că au un scop bine determinat de lege (alineat (2) al articolului 175 din C. pr. pen.). Măsurile preventive sunt orientate spre asigurarea bunei desfăşurări a procesului penal sau pentru a împiedica pe bănuit, învinuit, inculpat să se ascundă de urmărirea penală sau de judecată, să zădărnicească stabilirea adevărului ori pentru asigurarea executării sentinţei de condamnare. Aplicarea măsurilor preventive în alte scopuri (de exemplu, pentru obţinerea declaraţiilor de la bănuit, învinuit în faza urmăririi penale) este inadmisibilă. Pentru a evita aplicarea abuzivă a măsurilor preventive în alte scopuri decât cele prevăzute de lege, sunt reglementate expres condiţiile, temeiurile dispunerii acestor măsuri de constrângere, precum şi alte garanţii procesuale. Astfel, chestiunea privind temeiurile aplicării măsurilor preventive este indisolubil legată de probabilitatea producerii acelor evenimente a căror excludere constituie scopul aplicării măsurilor preventive[15].

Garanţiile procesuale stabilite de lege se constituie din multiple condiţii ce trebuie realizate cumulativ pentru a se putea dispune luarea unei măsuri preventive[16].

Aşadar, la art. 176 C. pr. pen., sunt indicate condiţiile pentru aplicabilitatea măsurii preventive, acestea pot fi aplicate de către procuror, din oficiu ori la propunerea organului de urmărire penală, sau, după caz, de către instanţa de judecată numai în cazurile în care există suficiente temeiuri rezonabile, susţinute prin probe, de a presupune că bănuitul, învinuitul, inculpatul ar putea să se ascundă de organul de urmărire penală sau de instanţă, să exercite presiune asupra martorilor, să nimicească sau să deterioreze mijloacele de probă sau să împiedice într-un alt mod stabilirea adevărului în procesul penal, să săvârşească alte infracţiuni ori că punerea în libertate a acestuia va cauza dezordine publică. De asemenea, ele pot fi aplicate de către instanţă pentru asigurarea executării sentinţei.

În comparaţie cu reţinerea persoanei, arestarea preventivă a bănuitului / învinuitului poate avea loc exclusiv în cadrul unui proces penal pornit în condiţiile art. 274 C. pr. pen.

Pentru a aplica măsura preventivă sub formă de arest preventiv este necesar existenţa unei bănuieli rezonabile, prin bănuială rezonabilă conform art. 6 pct.4[3] C. pr. pen. se înţelege suspiciunea care rezultă din existenţa unor fapte şi/sau informaţii care ar convinge un observator obiectiv că s-a comis ori se

[14] Osoianu T., Orândaş V., *Procedură penală: Partea generala: Curs universitar,* Editura Academiei Ştefan cel Mare, Chişinău, 2004, p. 194.

[15] Orândaş V., *Procedura penală,* Analele Ştiinţifice ale USM, vol. I, Chişinău, 2001, p. 87.

[16] Neagu I., *Drept procesual penal. Partea generală,* Editura LuminaLex, Bucureşti, 1994, p. 313.

pregătește comiterea unei infracțiuni imputabile unei anumite ori anumitor persoane și că nu există alte fapte și/sau informații care înlătură caracterul penal al faptei ori dovedesc neimplicarea persoanei.

Cum rezultă din cele expuse anterior, pentru aplicarea arestului preventiv judecătorul de instrucție va analiza existența bănuielii rezonabile privind săvârșirea unei infracțiunii grave, deosebit de grave sau excepțional de grave. În speța Mușuc c. Moldovei din 06.11.2006[17] Curtea a stabilit că persistența unei bănuieli rezonabile că persoana arestată a comis o infracțiune este o condiție *sine qua non* pentru legalitatea detenției continue, dar după o anumită perioadă de timp, acest lucru nu mai este suficient, fiind necesare probe concrete ce ar justifica prelungirea arestului. Curtea notează cu îngrijorare caracterul frecvent al problemelor cu privire la relevanța și suficiența motivelor pentru arestare în cazul Republicii Moldova spre regretul ei, această problemă continuă să persiste. În speța Belchev c. Bulgariei din 08.04.2004[18] Curtea stipulează că indiferent pe ce perioadă, cât de scurtă nu ar fi aceasta detenție, justificarea necesității aplicării arestului trebuie să fie demonstrată în mod convingător.

Judecătorul de instrucție examinând circumstanțele cauzei va trebui să stabilească dacă circumstanțele speței pot convinge un observator obiectiv de faptul că persoana în privința căreia se solicită aplicarea măsurii preventive ar fi putut comite infracțiunea respectivă.

Un factor important care urmează a fi stabilit de către judecătorul de instrucție pentru autorizarea măsurii preventive este existența suficientă a temeiurilor rezonabile de a presupune că bănuitul, învinuitul s-ar eschiva de la urmărirea penală, fie ar împiedica buna desfășurare a procesului penal. Prin temeiuri rezonabile[19] înțelegem datele obținute în urma activității procesuale penale sau activității speciale de investigație, care presupun survenirea acelor consecințe negative ale desfășurării procesului penal; datele ce se iau în considerație la aplicarea măsurilor preventive au un caracter prezumtiv, iar posibilitatea survenirii consecințelor negative trebuie să fie rezonabilă.

Potrivit unui studiu realizat[20] judecătorii de instrucție din Republica Moldova examinează anual mai mult de 3000 de demersuri de aplicare a arestării preventive. În pofida mai multor condamnări ale Republicii Moldova de către CtEDO pentru încălcarea dreptului la libertate, după 2009, numărul demersurilor

[17] Cauza Mușuc c. Moldovei, hotărâre din 06.11.2006, în baza de date HUDOC http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112791 .

[18] Cauza Belchev c. Bulgariei, hotărâre dein 08.04.2004, în baza de date HUDOC http://hudoc.echr.coe.int/eng?i= 001-61699.

[19] Poalelungi M. *Manualul judecătorului pentru cauze penale*, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală", Chișinău 2013, p. 195.

[20] Botezatu R., Gribincea V., Osoianu T., *Raport privind respectarea dreptului la libertate la faza urmăririi penale în Republica Moldova,* Editura Soros-Moldova, Chișinău, 2013, p. 12.

de aplicare a arestării preventive a variat nesemnificativ. Totuşi, raportată la numărul total de cauze penale transmise în instanţa de judecată, rata demersurilor de arestare este într-o scădere lentă. Cu toate acestea, rata de admitere a demersurilor de aplicare a arestării preventive rămâne a fi mai mare de 80%.

În speţa Feraru c. Moldovei din 24.01.2012[21] Curtea a notat că instanţele naţionale nu au acordat nici o atenţie probelor aduse de către partea apărării, bazându-se doar pe demersul procurorului, astfel instanţa s-a limitat la repetarea motivelor formale pentru detenţie prevăzute de lege într-o formă abstractă şi stereotipică fără a efectua o analiză a probelor.

Atunci când se aplică o măsură preventivă, judecătorul de instrucţie nu va pune în discuţie chestiunea privind vinovăţia persoanei bănuite de a fi comis o infracţiune, ci numai dacă sunt probe sau informaţii suficiente din care să reiasă bănuiala că acea persoană a comis acea faptă[22].

Prin urmare testul legalităţii acţiunilor de urmărire penală efectuată de către judecătorul de instrucţie înglobează în sine rolul propriu-zis al instituţiei respective care se caracterizează prin garantarea drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale omului şi minimalizarea riscurilor privind lezarea acestor drepturi.

Acţiunile de urmărire penală efectuate de către organul de urmărire penală nu trebuie sesizate ca nişte măsuri îndreptate spre lezarea drepturilor omului, aceste fiind măsuri orientate spre depistarea adevărului în cadrul cauzei penale bazate pe probe legal acumulate în cadrul urmăririi penale.

3.3. În cadrul autorizării efectuării măsurilor speciale de investigaţii

Activitatea specială de investigaţie constituie un mijloc juridic, de stat, de apărare a intereselor statului, a integrităţii lui teritoriale, a drepturilor, libertăţilor şi intereselor legitime ale persoanelor fizice şi juridice, a tuturor formelor de proprietate contra atentatelor criminale, exercitat în mod public şi secret de către organele competente, în conformitate cu legislaţia Republicii Moldova[23].

În conformitate cu prevederile Codului de procedură penală, activitatea specială de investigaţii reprezintă totalitatea de acţiuni de urmărire penală cu caracter public şi/sau secret efectuate de către ofiţerii de investigaţii în cadrul urmăririi penale numai în condiţiile şi în modul prevăzut de Codul de procedură penală.

[21] Cauza Feraru c. Moldovei, hotărâre din 24.01.2012, în baza de date HUDOC http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124567 .

[22] Danileţ C., *Arestarea – îndrumar pentru practicieni,* Editura Cartier, Chişinău 2013, p. 32-33.

[23] Zubco Valeriu (coord.), *Ghidul judecătorului de instrucţie,* Editura Cartier, Chişinău, 2007, p. 125.

Conform Legii privind activitatea specială de investigații[24], activitatea specială de investigații reprezintă o procedură cu caracter secret și/sau public, efectuată de autoritățile competente, cu sau fără utilizarea echipamentelor tehnice speciale, în scopul culegerii de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității, asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, descoperirea și cercetarea infracțiunilor.

Prin analiza noțiunilor stabilite de legiuitor, evidențiem complexitatea definiției relatate în Legea privind activitatea specială de investigații, prin care se enunță subiecții, mijloacele și scopul propriu zis al efectuării măsurilor speciale de investigație. Prin această noțiune se transpune importanța și aportul măsurilor speciale de investigație stabilind pârghiile necesare pentru atingerea scopului general al procesului penal.

Totodată există o multitudine de acte internaționale care reglementează activitatea specială de investigații, cum ar fi Recomandarea Consiliului Europei (2005)10 cu privire la tehnicile speciale de investigație care a adoptat-o în scopul detectării și investigării infracțiunilor grave și suspecților, care vizează culegerea de informații, Convenția ONU împotriva corupției, Convenția penală a Consiliului Europei cu privire la corupție, Convenția Consiliului Europei cu privire la spălarea, investigarea, sechestrarea și confiscarea veniturilor provenite din activitățile criminale și cu privire la finanțarea terorismului, Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea cibernetică.

Conform art. 303 C.pr.pen, măsurile speciale de investigații legate de limitarea inviolabilității vieții private a persoanei, pătrunderea în încăpere contrar voinței persoanelor care locuiesc în ea se efectuează cu autorizarea judecătorului de instrucție.

În sfera competenței judecătorului de instrucție cu privire la autorizarea efectuării măsurilor speciale de investigație, conform art. 132^2 se includ următoarele acțiuni: cercetarea domiciliului și/sau instalarea în el a aparatelor ce asigură supravegherea și înregistrarea audio și video, a celor de fotografiat și de filmat; supravegherea domiciliului prin utilizarea mijloacelor tehnice ce asigură înregistrarea; interceptarea și înregistrarea comunicărilor sau a imaginilor; reținerea, cercetarea, predarea, percheziționarea sau ridicarea trimiterilor poștale; monitorizarea conexiunilor comunicațiilor telegrafice și electronice; monitorizarea sau controlul tranzacțiilor financiare și accesul la informația financiară; documentarea cu ajutorul metodelor și mijloacelor tehnice, precum și localizarea sau urmărirea prin sistemul de poziționare globală (GPS) ori prin alte mijloace tehnice; colectarea informației de la furnizorii de servicii de comunicații electronice.

[24] Legea nr. 59 din 29.03.2012 privind activitatea specială de investigații, MO nr. 113-118 din 08.06.2012

De altfel, legislația națională a suferit modificări considerabile la capitolul activității speciale de investigație, un aport în restricționarea ingerinței asupra drepturilor omului l-a adus CEDO, care prin cauza Iordachi și alții c. Moldovei din 10.02.2009[25] Curtea a constatat că legislația cu privire la interceptarea convorbirilor nu conținea garanții suficiente și că numărul de autorizări ale interceptărilor convorbirilor telefonice era foarte înalt, ceea ce a condiționat modificată legislația prin înăsprirea condițiilor pentru efectuarea interceptărilor. Curtea consideră că legislația Republicii Moldova nu acordă o protecție adecvată împotriva abuzului de putere din partea statului în domeniul interceptării convorbirilor telefonice. Prin urmare, ingerința în drepturile reclamanților garantate de art. 8 nu a fost „prevăzută de lege".

Deși încă în anul 2009 în hotărârea Iordachi și alții c. Moldovei, CEDO a constatat recurgerea prea frecventă la interceptarea convorbirilor și rata deosebit de mare de interceptări autorizate de către judecătorii de instrucție, datele statistice oficiale confirmă că, între timp, situația nu s-a îmbunătățit[26]. Prin urmare figura de bază, judecătorul de instrucție, care are menirea de a proteja drepturile fundamentale ale persoanei de la eventualele abuzuri, autorizează practic toate demersurile, justificarea s-ar ascunde probabil în unica posibilitate de acumulare a probelor suficiente pentru stabilirea adevărului în cadrul cauzei penale, dar care necesită a fi probată prin intermediul probelor existente în cadrul dosarului penal.

Posibilitatea dispunerii măsurilor speciale de investigație potrivit art. 132[1] alin. (2) C. pr. pen., se va efectua la întrunirea cumulativă a condițiilor specifice acestor activități, acestea fiind: pe altă cale este imposibilă realizarea scopului procesului penal și/sau poate fi prejudiciată considerabil activitatea de administrare a probelor; există o bănuială rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni grave, deosebit de grave sau excepțional de grave, cu excepțiile stabilite de lege; acțiunea este necesară și proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Esențial este ca toate aceste condiții să fie întrunite cumulativ, în cazul în care lipsește o condiție dispunerea măsurilor speciale de investigație va fi imposibilă. Drept scop al procesului penale este protejarea persoanei, societății și statului de infracțiuni, precum și protejarea persoanei și societății de faptele ilegale ale persoanelor cu funcții de răspundere în activitatea lor legată de cercetarea infracțiunilor presupuse sau săvârșite, astfel ca orice persoană care a săvârșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală și condamnată. Bănuiala rezonabilă va fi analizată de subiecții competenți, procuror, judecător de

[25] Cauza Iordachi și alții c. Moldovei, hotărâre din 10.02.2009, în baza de date HUDOC http://hudoc.echr.coe.int/ eng?i=001-112676.

[26] Macrinici S., Gribincea V., Document analitic *Interceptarea convorbirilor telefonice în Republica Moldova: progress sau regres?*, Chișinău, 2015, p. 9.

instrucție în baza substratului factologic acumulat în cadrul urmăririi penale. Judecătorul de instrucție fiind un garant al protejării drepturilor fundamentale ale omului va analiza minuțios tot ansamblul de probe pentru a stabili necesitatea măsurii speciale de investigație.

Modalitatea de examinare a demersului procurorului referitor la efectuarea măsurilor speciale de investigație este reflectat la art. 305 C. pr. pen. Astfel, demersul referitor la efectuarea măsurilor speciale de investigații se examinează de către judecătorul de instrucție în ședință închisă, cu participarea procurorului și, după caz, a reprezentantului organului care exercită activitatea specială de investigații. Ședința de judecată va fi închisă pe motiv că materialele examinate reprezintă materiale cu o publicitate restrânsă, deseori conținând date cu caracter personal, ne-publicitatea cărora asigură confidențialitatea urmăririi penale.

Măsurile speciale de investigație se pun în executarea subdiviziunilor speciale în baza ordonanței procurorului. Acestea vor începe la data indicată în actul de dispunere sau cel târziu la data expirării termenului pentru care au fost autorizate, de regulă acestea se autorizează pe un termen de 30 de zile.

Potrivit art. 132[4], alin. (3) C. pr. pen., măsurile speciale de investigații care se autorizează de către judecătorul de instrucție, ca excepție pot fi autorizate de către procuror în baza ordonanței motivate în cazurile infracțiunilor flagrante, precum și atunci când există circumstanțe ce nu permit amânare, iar încheierea nu poate fi obținută fără existența unui risc esențial de întârziere care poate conduce la pierderea informațiilor probatorii sau pune în pericolul imediat securitatea persoanelor. Judecătorul de instrucție urmează să fie informat, în termen de 24 de ore, despre efectuarea acestor măsuri, prezentându-i-se toate materialele în care este argumentată necesitatea efectuării măsurilor speciale de investigații.

Materialul prezentat judecătorului de instrucție trebuie să conțină date care ar argumenta necesitatea efectuării acțiunii procesuale respective fără autorizarea judecătorului de instrucție, adică date ce ar confirma fie situația „cazului de urgență", fie a „cazului ce nu suferă amânare", fie că a fost săvârșită „infracțiune flagrantă". În urma controlului judiciar, dacă au existat temeiuri suficiente pentru efectuarea acțiunii respective fără autorizarea judecătorului de instrucție, acesta printr-o încheiere motivată declară acțiunea de urmărire penală efectuată legală, în caz contrar acțiunea de urmărire penală se declară ilegală[27].

În cadrul ședințelor de judecată unde are loc examinarea demersului procurorului privind autorizarea efectuării măsurilor speciale de investigații grefierul nu va participa, iar proces-verbal al ședinței de judecată nu se va

[27] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție nr. 07 din 04.07.2005 cu privire la practica asigurării controlului judecătoresc de către judecătorul de instrucție în procesul urmăririi penale, p. 3.

întocmi așa cum se efectuează de regulă în cadrul altor ședințe închise cu privire la autorizarea efectuării acțiunilor de urmărire penală, sau de aplicare a măsurilor procesuale de constrângere.

La examinarea demersului procurorului participă în mod obligatoriu procurorul care l-a declarat, iar în caz de imposibilitate a participării acestuia, procurorul ierarhic superior va dispune participarea unui alt procuror. Procurorul, la soluționarea demersului privind autorizarea efectuării măsurilor speciale de investigații, poate fi însoțit de către reprezentantul acestui organ[28].

În scopul efectuării acțiunii procesuale procurorul emite o ordonanță motivată în care este necesar de indicat temeiul de efectuare a cercetării, scopul acestei acțiuni, numele investigatorului, aparatajul care va fi utilizat și alte date relevante, inclusiv și faptul că prin alte acțiuni procesuale nu pot fi obținute rezultatele preconizate. În scopul obținerii autorizației procurorul întocmește un demers motivat care-l înaintează judecătorului de instrucție. La demers sunt anexate toate materialele relevante din cauza penală. Judecătorul de instrucție examinează în mod confidențial demersul și materialele prezentate[29].

Demersul referitor la efectuarea măsurilor speciale de investigații se examinează de către judecătorul de instrucție doar în prezența procurorului și a reprezentantului organului care exercită activitate specială de investigații, dacă acesta însoțește procurorul.

La început, judecătorul de instrucție se prezintă și stabilește dacă nu sunt circumstanțe care exclud participarea sa la examinarea demersului declarat, verifică împuternicirile procurorului și ale reprezentantului organului care exercită activitate specială de investigații, dacă acesta participă, apoi procurorul argumentează motivele demersului și răspunde la întrebările judecătorului de instrucție. Dacă la examinarea demersului participă și reprezentantul organului care exercită activitate specială de investigații, acesta poate completa explicațiile procurorului[30].

Judecătorul de instrucție, dacă constată existența temeiurilor de autorizare a acestei acțiuni procesuale emite o încheiere motivată în care sunt indicate toate circumstanțele cauzei. Încheierea trebuie să conțină *inter alia* și locul aflării domiciliului, durata de efectuare a acțiunii, aparatajul care va fi instalat, ș.a.. Numele investigatorului poate fi înlocuit cu pseudonim.

Durata acestei acțiuni procesuale poate fi de 30 de zile cu posibilitatea prelungirii de până la 3 luni însă nu mai mult de durata urmăririi penale. Persoana a cărui

[28] Botezatu R., Dolea I., Roman D., *Comentariul Codului de procedură penală*, Editura Cartier, Chișinău, 2005, p. 463.

[29] Poalelungi M. *Manualul judecătorului pentru cauze penale*, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală", Chișinău 2013, p. 247.

[30] Botezatu R., Dolea I., Roman D., *Comentariul Codului de procedură penală*, Editura Cartier, Chișinău, 2005, p. 463.

domiciliu a fost supravegheat trebuie înștiințată după terminarea acțiunii procesuale.

Aceasta poate invoca ilegalitatea acțiunii în fața judecătorului de instrucție, fie în cadrul examinării cauzei în instant dacă rezultatele supravegherii se vor conține în materialele cauzei. Încheierea judecătorului de instrucție prin care a fost declarată legală sau ilegală acțiunea de urmărire penală efectuată fără autorizarea judecătorului de instrucție este irevocabilă și nu poate fi supusă nici unei căi de atac[31].

Potrivit art. 134^4 alin. (8) C. pr. pen., procurorul va dispune încetarea măsurii speciale de investigații înainte de expirarea termenului pentru care aceasta a fost autorizată imediat ce au dispărut temeiurile și motivele ce au justificat autorizarea ei. Astfel asigurând drepturile și libertățile persoanei în privința căreia a fost dispusă măsura specială de investigație prin limitarea imixtiunii în viața privată.

În ceea ce vizează termenul de examinare a demersului procurorului privind autorizarea efectuării măsurii speciale de investigații, potrivit art. 305 alin. (3) C. pr. pen., demersul referitor la cercetarea domiciliului și/sau instalarea în el a aparatelor ce asigură supravegherea și înregistrarea audio și video, a celor de fotografiat și de filmat, referitor la supravegherea domiciliului prin utilizarea mijloacelor tehnice, la interceptarea și înregistrarea comunicărilor, la monitorizarea conexiunilor comunicațiilor telegrafice și electronice și referitor la monitorizarea sau controlul tranzacțiilor financiare și accesul la informația financiară se examinează de judecătorul de instrucție imediat, dar nu mai târziu de 4 ore de la primirea demersului.

În cazul în care se constată că măsura s-a efectuat cu încălcarea vădită a drepturilor și libertăților omului sau ofițerul de investigații a acționat cu depășirea prevederilor ordonanței/încheierii de autorizare, procurorul sau judecătorul de instrucție declară nul procesul-verbal și dispune prin ordonanță/încheiere nimicirea imediată a purtătorului material de informații și a materialelor acumulate pe parcursul efectuării măsurii speciale de investigații. Trebuie de remarcat că dacă ordonanța procurorului poate fi contestată la procurorul ierarhic superior, atunci încheierea judecătorului de instrucție este irevocabilă.

În acest sens s-a expus Curtea Supremă de Justiție, precum că această reglementare poate constitui un obstacol pentru persoana care a făcut obiectul măsurilor speciale de investigație declarate ilegale, în sensul în care probele nu ar mai putea fi evaluate într-un proces penal sau civil împotriva ofițerului de investigații care a acționat ilegal**,** pentru că acestea au fost nimicite. Stabilirea exactă a prejudiciului existent nu poate fi făcută fără evaluarea acestor probe. Curtea Supremă de Justiție subliniază că nu se îndoiește de independența

[31] Poalelungi M. *Manualul judecătorului pentru cauze penale*, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală", Chișinău 2013, p. 247.

judecătorilor de instrucție privind hotărârile emise. Problematic este faptul că decizia privind nimicirea probelor nedezvăluite se ia în faza urmăririi penale, fără ca apărarea să aibă posibilitatea de a participa și de a contesta această procedură, judecătorul de instrucție fiind obligat, *ope legis*, să nimicească înregistrările făcute în mod ilegal, chiar dacă ele i-ar putea fi de folos acuzatului[32].

În aspectul utilizării materialelor obținute în urma măsurilor speciale de investigație, menționăm prevederea art. 132[5] alin. (9) C. pr. pen., prin care judecătorul de instrucție poate dispune, prin încheiere motivată, folosirea datelor obținute în urma efectuării măsurilor speciale de investigații dintr-o altă cauză penală doar dacă infracțiunea săvârșită este de același gen sau în privința infracțiunilor de terorism, crimă organizată sau infracțiunilor ce atentează la securitatea statului, dar nu mai târziu de 3 luni din momentul obținerii informației. Așadar după expirarea termenului de 3 luni aceste date nu vor putea fi utilizate într-o altă cauză penală.

Regimul legal al activității speciale de investigații, respectarea drepturilor și libertăților persoanei sunt asigurate atât prin dreptul de recurs, cât și prin controlul parlamentar, controlul judiciar, controlul procurorului și controlul departamental privind realizarea activității speciale de investigații

Pentru aplicarea corectă a prevederilor normelor legislației naționale o importanță deosebită prezintă practica Curții Europene a Drepturilor Omului, practică de care trebuie să țină seamă toate autoritățile cu atribuții în efectuarea măsurilor special de investigație, dar îndeosebi instanțele de judecată și organele procuraturii. Cu privire la art. 8 din Convenție, numeroase probleme s-au ivit în jurisprudența organelor Convenției în materia ingerințelor asupra drepturilor și libertăților persoanei de către autoritățile statale.

În această ordine de idei este necesar de a evidenția importanța măsurilor speciale de investigație în cadrul urmăririi penale, deseori prin intermediul acestor acțiuni procesuale organul de urmărire penală stabilește infractorul și modalitatea de acționare a acestuia în scopul săvârșirii infracțiunii. Totodată în procesul de dispunere, autorizare și efectuare a măsurilor speciale de investigație este necesar de a stabili un accent primordial asupra drepturilor persoanei, astfel prin ce anume judecătorul de instrucție asigură respectarea proporționalității și necesității efectuării acțiunii procesuale în raport cu

[32] Răspunsul acordat de cărte Curtea Supremă de Justiție la solicitarea Curții ConstituțI.ale privind *obligația pozitivă a autorităților de a notifica persoana supusă unor măsuri speciale de investigație despre rezultatele acesteia. Distrugerea suportului material pe care se află stenograme înregistrate ilegal și dreptul la un proces echitabil*, vizualizat pe http://csj.md/index.php/despre-curtea-suprema-de-justitie/mass-media-si-relatiile-cu-publicul/788-obligatia-pozitiva-a-autoritatilor-de-a-notifica-persoana-supusa-unor-masuri-speciale-de-investigatie-despre-rezultatele-acestora-distrugerea-suportului-material-pe-care-se-afla-stenograme-inregistrate-in-mod-ilegal-si-efectele-acesteia-pentru-dreptul-la

restrângerea drepturilor persoanei în privința căreia s-a dispus efectuarea măsurii speciale de investigație.

3.4. În cadrul examinării plângerilor împotriva acțiunilor și actelor ilegale ale organului de urmărire penală și ale organului care exercită măsuri speciale de investigații

Controlul procurorului și controlul exercitat de către judecătorul de instrucție au fost instituite anume pentru promovarea și realizarea obiectivelor menționate și fără de care procesul penal nu ar satisface exigențele înfăptuirii justiției pe cauze penale, precum și datorită faptului că plângerile împotriva acțiunilor subiecților oficiali la faza de urmărire penală intervin doar în 37,4% cauze penale[33]. Activitatea judecătorului de instrucție referitoare la examinarea și soluționarea plângerilor adresate de părțile în proces și de alte persoane interesate împotriva acțiunilor și actelor ilegale ale organelor de urmărire penală, ale organelor care exercită activitatea specială de investigații și ale procurorului se include în sfera controlului judiciar al procedurii pre-judiciare[34].

Prin acțiuni ale organului de urmărire penală sau organul care exercită activitate specială de investigații, pasibile de a fi contestate, se înțelege: a) actele procedurale, adică documentele prin care se consemnează orice acțiune procesuală prevăzută de C. pr. pen. și de Legea cu privire la activitatea specială de investigații (Legea nr. 59/2012); b) acțiunile ori inacțiunile nemijlocite ale persoanei cu funcții de răspundere, care activează în procesul de urmărire penală sau care exercită activitate specială de investigații; c) alte acțiuni prin care persoana cu funcții de răspundere a depășit atribuțiile sale de serviciu.

Nu orice acțiune a organului de urmărire penală sau a organului care exercită activitate specială de investigații poate fi atacată judecătorului de instrucție ci doar aceea care a afectat un drept legal reglementat de legea materială sau procesuală, adică drepturi și libertăți constituționale ale persoanei[35]

De regulă plângerile înaintate împotriva acțiunilor și actelor ilegale ale organului de urmărire penală și ale organului ce exercită activitate specială de investigație până a ajunge la examinarea de către judecătorul de instrucție sunt supuse examinării din partea procurorului. Așadar în cazul existenței unei acțiuni ilegale, inițial se adresează o plângere procurorului care conduce urmărirea penală, care o va examina în termenele stabilite de lege, în cazul dezacordului persoanei care a depus plângerea cu hotărârea emisă de către

[33] Dolea I., Zaharia V., Rotaru V., Croitor Elena, Mihailov Veronica, Cebanaș Alexandru, *Justiția penală și drepturile omului. Cercetare sociologică*, Editura Institutului de Reforme Penale, Chișinău, 2010, p. 143-144.

[34] Zubco V. (coord.), *Ghidul judecătorului de instrucție*, Editura Cartier, Chișinău, 2007, p. 163.

[35] Botezatu R., Dolea I., Roman D., *Comentariul Codului de procedură penală*, Editura Cartier, Chișinău, 2005, p. 476.

procuror, persoana în cauză înaintează plângerea procurorului ierarhic superior celui care a emis hotărârea în baza plângerii depuse. După parcurgerea acestor căi, persoana care se consideră lezată în drepturile și libertățile sale va depune recurs la judecătorul de instrucție care urmează să analizeze toate circumstanțele cauzei pentru a emite o hotărâre corectă.

Potrivit art. 300 alin. (2) și (3) C. pr. pen. în sfera controlului judiciar efectuat de către judecătorul de instrucție se include examinează plângerile împotriva actelor ilegale ale organelor de urmărire penală și ale organelor care exercită activitate specială de investigații, precum și ale procurorului dacă persoana nu este de acord cu rezultatul examinării plângerii sale de către procuror sau nu a primit răspuns la plângerea sa de la procuror în termenul prevăzut de lege.

Plângerile împotriva acțiunilor și actelor ilegale ale organului de urmărire penală și ale organului ce exercită activitatea specială de investigații pot fi înaintate judecătorului de instrucție de către: bănuit, învinuit, apărător, parte vătămată și de alți participanți la proces sau de către alte persoane drepturile și interesele legitime ale cărora au fost încălcate de aceste organe, în cazul în care persoana nu este de acord cu rezultatul examinării plângerii sale de către procuror sau nu a primit răspuns la plângerea sa de la procuror în termenul prevăzut de lege.

Așadar, din prevederile legale observăm că cercul de persoane cu drept de a înainta plângere este foarte extins prin ce legiuitorul a permis oricărei persoanei a cărei drepturi sau libertăți au fost încălcate să poate contesta acțiunile respective din partea organelor de urmărire penală și a celor ce exercită activitatea specială de investigații.

Legislația procesual-penală a RM prevede actele și acțiunile care pot lezat drepturile și libertățile unei persoane concrete, așadar, potrivit art. 313 alin. (2) C. pr. pen. pot fi atacate la judecătorul de instrucție: refuzul organului de urmărire penală: de a primi plângerea sau denunțul privind pregătirea sau săvârșirea infracțiunii; de a satisface demersurile în cazurile prevăzute de lege; de a începe urmărirea penală; de a elibera persoana reținută pentru încălcarea prevederilor articolelor 165 și 166 din C.pr.pen; de a elibera persoana deținută cu încălcarea perioadei de reținere sau a perioadei pentru care a fost autorizat arestul; ordonanțele privind încetarea urmăririi penale, clasarea cauzei penale sau scoaterea persoanei de sub urmărire penală; alte acțiuni care afectează drepturile și libertățile constituționale ale persoanei.

Așadar, ținând cont de prevederile indicate, legislația procesual-penală permite participanților la proces și altor categorii de persoane ale căror drepturi și libertăți constituționale au fost încălcate să atace judecătorului de instrucție un spectru destul de larg de acțiuni și acte ilegale ale organului de urmărire

penală, ale organului care exercită activitatea specială de investigații sau ale procurorului care efectuează nemijlocit acțiuni de urmărire penală[36].

Deci, în ceea ce urmează ne propunem o analiză a actelor cel mai des supuse controlului efectuat de către judecătorul de instrucție, acestea fiind:

- actul prin care organul de urmărire penală refuză de a primi plângerea sau denunțul privind pregătirea sau săvârșirea infracțiunii, C. pr. pen. la articolul 265 prevede obligația organului de urmărire penală de a primi plângerile sau denunțurile respective, chiar și în cazul când nu este de competența organului respectiv chestiunea în cauză.
- actul prin care organul de urmărire penală refuză de a satisface demersurile în cazurile prevăzute de lege, articolul 247 C. pr. pen. prevede demersurile înaintate în cadrul urmăririi penale urmează a fi admise dacă acestea contribuie la cercetarea sub toate aspectele a circumstanțelor cauzei, asigură respectarea drepturilor și intereselor participanților la proces. În cazul în care nu s-au constatat circumstanțele respective demersul va fi respins, acest act va putea fi atacat la judecătorul de instrucție.
- ordonanța de refuz în începerea urmăririi penale, articolul 274 C. pr. pen., în cazul în care din actul de sesizare rezultă vreunul din cazurile ce împiedică pornirea urmăririi penale, se va emite ordonanță privind refuzul în pornirea urmăririi penale, unde vor fi indicate motivele refuzului, care ulterior va putea fi atacată la judecătorul de instrucție.
- refuzul organului de urmărire penală de a recunoaștere persoana în calitate de parte civilă, articolul 222 C. pr. pen., în cazul în care lipsesc temeiurile legale pentru înaintarea acțiunii civile în cadrul procesului penal va fi emisă o ordonanță în acest sens, care va putea fi contestată.
- refuzul organului de urmărire penală de a elibera persoana reținută cu încălcarea prevederilor legale, articolele 165 și 166 C. pr. pen., în cazul admiterii erorilor în procesul de reținere a persoanei acesta urmează a fi eliberată.
- refuzul de a elibera persoana deținută cu încălcarea perioadei de reținere sau a perioadei pentru care a fost autorizat arestul, în cazul în care a expirat termenul de reținere sau de arest și nu a fost prelungit în modul prevăzut de lege, persoana urmează a fi eliberată imediat.
- refuzul organului de urmărire penală de a restabili termenul procedural omis, articolul 234 C. pr. pen., în cazul în care persoana nu va demonstra motive plauzibile privind omiterea termenului, organul de urmărire penală nu va restabili termenul omis, în cazul dezacordului cu motivele invocate în ordonanță persoana va avea posibilitatea de a contesta ordonanța respectivă.
- ordonanța privind încetarea urmăririi penale, potrivit articolului 285 C. pr. pen., aceasta se va dispune în cazul întrunirii condițiilor legale ce impun

[36] Zubco V. (coord.), *op. cit.*, p. 169.

luarea deciziei respective şi face imposibilă continuarea urmăririi penale, acest act va putea fi contestat la judecătorul de instrucţie.

- ordonanţa de clasare a cauzei penale este reglementată de articolul 286 C. pr. pen., fiind un act de finalizare a oricăror acţiuni de urmărire penală, aceasta se va emită la întrunirea condiţiilor legii, la fel şi acest act va putea fi contestat la judecătorul de instrucţie.
- ordonanţa de scoatere a persoanei de sub urmărire penală, articolul 284 C. pr. pen., este actul de reabilitare şi finalizare în privinţa persoanei a oricărei acţiuni de urmărire penală dacă se constantă existenţa unui motiv prevăzut de lege.

Totodată legiuitorul a prevăzut anumite acte procedurale exceptate de dreptul de a fi contestate în cadrul urmăririi penale, acestea fiind: hotărârea asupra abţinerii sau recuzării procurorului, judecătorului de instrucţie, expertului, grefierului, interpretului, traducătorului, hotărârea privind soluţionarea cererii de înlăturarea apărătorului din procesul penal.

De asemenea, nu sunt pasibile de a fi atacate hotărârea privind pornirea urmăririi penale (cu excepţia cazurilor prevăzute la articolul 276, pornirea urmăririi penale în baza plângerii victimei), ordonanţa de recunoaştere a persoanei în calitate de bănuit, învinuit, ordonanţa prin care s-a dispus efectuarea expertizei, etc. Aceste acte procedurale sunt nişte procedee legale de desfăşurare normală a urmăririi penale şi însăşi pornirea urmăririi penale, recunoaşterea persoanei în calitate de bănuit, punerea persoanei sub învinuire, dispunerea efectuării unei expertize nu afectează careva drepturi sau libertăţi constituţionale. Acestea fiind măsuri procesuale prevăzute de lege, necesare într-o societate democratică, au un scop legitim de a asigura lupta cu criminalitatea, şi acest scop este proporţional anumitor restricţii care pot avea loc în cadrul desfăşurării lor[36].

Hotărârile organului de urmărire penală privind declanşarea procesului penal, de regulă nu poate fi atacată în instanţele de judecată pe acest temei juridic, datorită faptului că această hotărâre nu este definitivă şi constituie doar începutul urmăririi penale, care în continuare duce la punerea sub învinuire a unor persoane şi care se finalizează cu terminarea urmăririi penale şi cu întocmirea rechizitoriului, fie cu încetarea urmăririi penale în temeiul prevăzut de Codul de procedură penală. După terminarea urmăririi penale cu întocmirea rechizitoriului, materialele cauzei se înaintează în judecată[37].

În această ordine de idei, prezentăm decizia Curţii Supreme de Justiţie[38], prin care a fost contestată ordonanţa de începere a urmăririi penale, în baza art.

[37] Şterbeţ V., Botezatu R., Furdui S., Macinscaia Vera, Fistican E., Muruianu I., *Administrarea eficientă a justiţiei,* Editura Cartier, Chişinău, 2006, p. 82.

[38] Hotărârea Plenului Curţii Supreme de Justiţie nr. 07 din 04.07.2005 cu privire la practica asigurării controlului judecătoresc de către judecătorul de instrucţie în procesul urmăririi penale, p. 8.

190 alin. (5) Cod Penal al R.M.. Astfel, B.D. nefiind de acord cu ordonanța s-a adresat cu plângere în instanța de judecată în ordinea art. 313 C. pr. pen., solicitând anularea ordonanței procurorului, invocând că aceasta este ilegală din motiv că a fost emisă în lipsa temeiului stabilit de lege, pentru începerea urmăririi penale, mai mult materialele administrate la cererea lui S.N., reieșind din cerințele articolul 262 alineat (1) C. pr. pen., nu fac parte din cele elucidate.

Totodată, aducem la cunoștință încă o speță[39] la bază deciziei avem ordonanța de pornire a urmăririi penale conform indicilor infracțiunilor prevăzute de articolele 27, 190 alineat 5 și 361 alineat 2 litera d) Cod penal, adică tentativa de sustragere prin escrocherie a bunurilor altei persoane și falsul în acte publice. În temeiul articolului 313 Cod de procedură penală, S.S. s-a adresat judecătorului de instrucție cu plângere, prin care a solicitat anularea ordonanțelor procurorului de începere a urmăririi penale, considerând-o ilegală.

În practică există cazuri când justițiabilii invocă această motivare pentru a contesta ordonanța de pornire a urmăririi penale, ceea ce considerăm incorect. În primul rând prin contestarea actului care stă la baza începerii urmăririi penale are loc o imixtiune în activitatea organului de urmărire penală prin însăși faptul negării celor constatate și relatate în ordonanță. Un alt aspect este faptul că art. 313 C. pr. pen., stabilește expres actele organului de urmărire penală și a organului ce exercită activitatea specială de investigație ce pot fi contestate în ordinea articolului 313 C. pr. pen., iar ordonanța de începere a urmăririi penale nu se regăsește printre aceste acte și nu cade sub incidența acțiunii ce afectează drepturile și libertățile constituționale ale persoanei, fiind un act în baza căruia pornește urmărirea penală a cărei finalitate se expune prin intermediul altor acte procesuale, care pot fi contestate în ordinea prevăzută de lege[40].

Conform articolului 7 alineat 7 C. pr. pen., hotărârile explicative ale Plenului Curții Supreme de Justiție în chestiunile privind aplicarea prevederilor legale în practica judiciară au un caracter de recomandare pentru organele de urmărire penală și instanțele judecătorești, iar articolul 2 alineat 1 C. pr. pen., prevede că procesul penal se reglementează de prevederile Constituției, tratate internaționale la care R.M. este parte și prevederile Codului de procedură penală. Astfel rezultă că odată ce C. pr. pen. nu prevede expres posibilitatea de a contesta ordonanța de începere a urmăririi penale și acesta în esența sa nu afectează drepturile constituționale ale persoanei, nu putem interpreta extensiv prevederile procesuale, iar practica cu privire la contestarea ordonanței de începerea urmăririi penale este necesar de a fi modificată pentru excluderea oricăror interpretări dualiste în acest sens.

[39] Decizia Colegiului Penal al Curții Supreme de Justiție din 04.12.2013, dosarul nr. 1re-289/13, vizualizat pe http://jurisprudenta.csj.md /search_col_penal.php?id=957 .

[40] Decizia Colegiului Penal al Curții Supreme de Justiție din 26.02.2014, decizia nr. 1re-81/14, vizualizat pe http://jurisprudenta.csj.md/search_col_penal.php?id=1630.

4. Concluzii

Activitatea instituției judecătorului de instrucție pe parcursul existenței sale a demonstrat de nenumărate ori utilitatea și necesitatea sa, înregistrând o dinamică pozitivă în ceea ce vizează consolidarea și realizarea rolului său instituțional. Totodată este cazul de menționat că acesta asigură respectarea drepturilor procesuale prevăzute de legislația Republicii Moldova.

Este necesar de a menționa jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care de altfel are un caracter obligatoriu pentru organul de urmărire penală, procuror și judecător de instrucție, actorii de bază în cadrul urmăririi penale prin conlucrarea cărora se atinge scopul propriu-zis al procesului penal. Deseori, în special principiile de bază a jurisprudenței internaționale acordă un plus de protecție privind respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei care fiind implementate de către judecătorul de instrucție în procesul de autorizare a acțiunilor de urmărire penală, măsurilor speciale de investigație, măsuri preventive etc.

Acțiunile procesuale în cadrul urmăririi penale reprezintă o activitate complexă ce necesită o maximă diligență din partea judecătorului de instrucție care urmează să analizeze fiecare cauză în parte sub prisma necesității și proporționalității acțiunii autorizate în coraport cu restrângerea dreptului dispus spre efectuare prin intermediul acțiunii procesuale ce urmează a fi efectuată în privința persoanei antrenate în procesul penal.

Reformele și modificările legislative efectuate într-un stat de drept de regulă urmăresc scopul de a aduce instituția supusă modificărilor la standardele și necesitățile societății. Societatea contemporană se caracterizează prin procesul evolutiv continuu, dacă ne raportăm la procesul penal, putem afirma cu certitudine că procesul penal este dinamic în perspectiva existenței sale, astfel orice schimbare efectuată nu poate asigura perfecțiunea, fiind necesară asigurarea continuității.

Dacă totuși am enunțat garanțiile procesuale asigurate de către judecătorul de instrucție în cadrul urmăririi penale nu putem trece cu vederea unele lacune cu privire la instituția liberării provizorii, care creează un șir de impedimente la capitolul implementare. Lipsa unui termen expres stipulat de legea procesuală a condiționat lipsa pârghiilor prin intermediul cărora judecătorul de instrucție are menirea de a asigura drepturile persoanei. În situația expusă se constată un vid, fără a putea prestabili întinderea constrângerii drepturilor persoanei și impactul acestora. Este complicat de a se asigura respectarea drepturilor și libertăților când nu există limite concrete în aplicare.

În urma examinării cauzei Iordachi și alții c. Moldovei, Curtea a expus necesitatea reformării legislației Republicii Moldova la capitolul activității speciale de investigație. Nu putem nega faptul ameliorării unor situației asupra

acestor aspecte, însă măsurile speciale de investigație rămân a fi un subiect sensibil în legislația națională.

Dacă ne axăm asupra rolului judecătorului de instrucție în procesul de autorizare a efectuării măsurilor speciale de investigație, un aspect care l-am evidențiat în cercetare efectuată este soarta informației obținute în urma măsuri speciale de investigație. Așadar, în prezent în cazul constatării încălcării vădite a drepturilor și libertăților omului, procurorul sau judecătorul de instrucție va declara nul procesul verbal și va dispune nimicirea imediată a purtătorului material de informații și toate materialele acumulate. Aici se conturează încălcarea drepturilor și libertăților omului prin acțiunea de facto legală efectuată de către judecătorul de instrucție, pe atât și ilegală. Acțiunea este legală fiind prevăzută de lege, însă încalcă grav drepturile omului, enunțată prin lipsa informării persoanei.

Nu suntem oare în prezența unei duble încălcări a drepturilor și libertăților omului? Primul aspect, măsura specială de investigație a fost autorizată și efectuată, însăși prin efectuarea măsurii speciale de investigație în privința persoanei a avut loc restrângerea drepturilor și libertăților acesteia. Al doilea aspect este constatarea încălcării vădite a drepturilor persoanei, adică este cert faptul ingerinței. Un aspect suplimentar fiind limitarea dreptului persoanei de a lua cunoștință de informația obținută, care plus la toate i-a adus atingere drepturilor sale, totodată fiind lipsită de dreptul de a proba ingerința pe motivul lipsei probelor prin distrugerea acestora.

Un rol important îl are judecătorul de instrucție în cadrul soluționării plângerilor împotriva actelor și acțiunilor ilegale ale organului de urmărire penală și organul care exercită activitatea specială de investigație, care asigură examinarea completă a plângerii depuse. Este foarte binevenită și aplicabilă pe larg modificarea cadrului legal dispusă în anul 2014, prin care s-a introdus posibilitatea contestării anumitor încheieri ale judecătorului de instrucție. Această prevedere a sporit nivelul motivației încheierilor prin care a creat o protecție sporită împotriva abuzurilor și respectiv garantării respectării drepturilor și libertăților persoanei.

De remarcat este faptul că posibilitatea contestării actelor expres prevăzute de lege, acestea fiind încheierile privind refuzul în pornirea urmăririi penale, scoaterea persoanei de sub urmărire penală, încetarea urmăririi penale, clasare cauzei penale care pot fi atacate cu recurs în termen de 15 zile. Prin stipularea acestor acte s-a dorit corectarea erorilor judecătorilor de instrucție sub aspectul motivării încheierilor emise, fiind nominalizate actele procedurale emise în cadrul urmăririi penale cu cel mai sporit impact asupra drepturilor și libertăților persoanei.

În plan administrativ, în urma depistări anumitor carențe, considerăm necesar de a efectua anumite rectificări, aici atragem atenția asupra volumului de muncă a judecătorului de instrucție.

În prezent judecătorii de instrucție pe lângă atribuțiile care le revin în procedura prejudiciară, mai au în procedură dosare de drept comun în volum de 50%, care sunt atribuite în mod aleatoriu prin intermediul sistemul informațional (P.I.G.D.). Pentru îmbunătățirea calității actului de justiție în procedura prejudiciară considerăm necesar ca judecătorii de instrucție să fie absolviți de examinarea dosarelor de drept comun în volumul existent în prezent.

Concluzionăm cu faptul că instituția judecătorului de instrucție și-a găsit locul potrivit în sistemul de drept al Republicii Moldova și a reușit să se afirme ca instituție cu regim protector al drepturilor și libertăților persoanelor, prin urmare instituția judecătorului de instrucție este indispensabilă în urmărirea penală efectuată în cadrul procesului penal.

Referințe

Botezatu R., Gribincea V., Osoianu T., *Raport privind respectarea dreptului la libertate la faza urmăririi penale în Republica Moldova*, Editura Soros Moldova, Chișinău, 2013

Botezatu R., Dolea I., Roman D., *Comentariul Codului de procedură penală,* Editura Cartier, Chișinău, 2005

Danileț C., *Arestarea – îndrumar pentru practicieni,* Editura Cartier, Chișinău, 2013

Dolea ion, Roman D., Sedleţchi I., Vîzdoagă T., Rotaru V., Cerbu A., Ursu S., *Drept procesual penal: Partea generală,* Editura Cartdidact, Chișinău, 2005

Dolea ion, Zaharia V., Rotaru V., Croitor Elena, Mihailov Veronica, Cebanaș Alexandru, *Justiția penală și drepturile omului. Cercetare sociologică,* Editura Institutului de Reforme Penale, Chișinău, 2010

Macrinici S., Gribincea V., Document analitic *Interceptarea convorbirilor telefonice în Republica Moldova: progress sau regres?,* Chișinău, 2015

Macrinici S., Gribincea V., Guzun I., *Raport privind reforma instituției judecătorului de instrucție în Republica Moldova,* Editura Imprint Star, Chișinău, 2015

Neagu ion, *Drept procesual penal. Partea generală,* Editura Lumina Lex, București, 1994

Osoianu T., Orândaș V., *Procedură penală: Partea generala: Curs universitar,* Editura Academiei Ștefan cel Mare, Chișinău, 2004

Orândaș V., *Procedura penală,* Analele Științifice ale USM, vol. I, Chișinău, 2001

Paraschiv C.S., *Drept procesual penal,* Editura Lumina Lex, București, 2002

Rotaru V., *Societatea și justiția penală: Ghid pentru jurnaliști și activiștii din domeniul drepturilor omului,* Editura Cartier, Chișinău, 2012

Poalelungi M, *Manualul judecătorului pentru cauze penale*, Î.S.F.E.P. „Tipografia Centrală", Chișinău 2013

Roman D., Vizdoagă T., Grigoriu A., *Organele de ocrotire a normelor de drept,* Editura Cartier, Chișinău, 2001

Șterbeț V., Botezatu R., Furdui S., Macinscaia Vera, Fistican E., Muruianu I., *Administrarea eficientă a justiției,* Editura Cartier, Chișinău, 2006

Zubco V. (coord.), *Ghidul judecătorului de instrucție,* Editura Cartier, Chișinău, 2007

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-22

Legalitatea procesului penal – consecințele încălcării articolului 311 alineatul (1) din Codul de procedură penală

Lawfulness of the Criminal Proceedings – the Consequences of the Infringement of Article 311 Paragraph (1) of the Criminal Procedure Code

IONELA ANTOANETA BLEAHU[1]

Rezumat: Principiul legalității este prevăzut de articol 2 din Codul de procedură penală și este reglementat pentru a garanta supremația dreptului în materie procesual penală, astfel încât procesul penal să se desfășoare potrivit dispozițiilor legale. În prezentul articol autorul încearcă să clarifice câteva aspecte controversate legate de consecințele încălcării articolului 311 alineatul (1) din Codul de procedură penală. Articolul menționat supra reglementează procedura extinderii urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice. Prin urmare, în cazul în care, după începerea urmăririi penale, organul de urmărire penală constată fapte noi, date cu privire la participarea unor alte persoane sau împrejurări care pot duce la schimbarea încadrării juridice a faptei, dispune extinderea urmăririi penale ori schimbarea încadrării juridice. Prezentul studiu analizează situația în care urmărirea penală in rem a început numai pentru un singur act din conținutul infracțiunii continuate, urmată de descoperirea unui nou act care face parte din structura aceleiași infracțiuni. Schimbarea încadrării juridice fără a se dispune extinderea urmăririi penale cu privire la noul act descoperit constituie o încălcare a articolului 311 alineatul (1) din Codul de procedură penală și, prin urmare, o încălcare a principiului legalității. În ceea ce privește natura sancțiunii care ar urma să fie aplicată în astfel de situații, în jurisprudență s-au conturat mai multe puncte de vedere. Autorul arată că singura sancțiune aplicabilă în acest caz este nulitatea relativă a ordonanței și neregularitatea rechizitoriului.

Cuvinte-cheie: procedură penală, legalitatea procesului penal, schimbarea încadrării juridice, nulitate, neregularitatea rechizitoriului

Abstract: The principle of legality is stipulated by article 2 of the Criminal Procedure Code and it is designed to guarantee the primacy of the law in criminal procedure, so that the criminal proceedings are carried out according to the legal provisions. In the present article the author tries to clarify some controversial issues regarding the

[1] Doctorand, Universitatea de Vest din Timişoara, Facultatea de Drept, email: bleahu.ionela@yahoo.com

consequences of the infringement of article 311 paragraph (1) of the Criminal Procedure Code. The article mentioned above regulates the procedure of widening the scope of criminal investigation or changing the charges. Hence, in the situation where, after the criminal investigation started, the criminal investigation body finds new facts, new data concerning the involvement of other individuals or circumstances that can lead to changing the charges for the offense, that body shall order the widening of the criminal investigation scope or the changing of the charges. This study analyzes the situation where the criminal investigation in rem had begun only for a singular act from the structure of the unit continued crime, followed by the discovery of a new act which is part of the structure of the same continued crime. Changing the charges without starting an investigation in rem for this - new discovered - act is an infringement of article 311 and therefore a violation of the principle of legality. Regarding the nature of the sanction that is to be imposed in such situations, several views have emerged in case law. The author points out that the only sanction applicable in these case is the relative nullity of the ordinance and the irregularity of the indictment.

Keywords: criminal procedure, lawfulness of the criminal proceedings, changing of the charges, nullity, the indictment irregularity

1. Aspecte liminare – legalitatea procesului penal

Legalitatea procesului penal este principiul fundamental potrivit căruia desfășurarea întregului proces penal (atât în cursul urmăririi penale, cât și al camerei preliminare sau al judecății ori cu ocazia punerii în executare a hotărârilor penale definitive), precum și a altor proceduri penale (d.e. procedura de reabilitare judecătorească) are loc potrivit dispozițiilor prevăzute de lege.[2]

În literatura de specialitate s-a arătat că respectarea principiului legalității procesului penal presupune existența unei legi previzibile și accesibile, conformă standardelor constituționale și de protecție a drepturilor omului, care să prevadă regulile procedurale, iar, pe de altă parte, este necesar ca actele și probele în procesul penal să fie efectuate potrivit legii.[3]

Totodată, s-a mai arătat că respectarea principiului legalității se verifică în raport cu toate normele care reglementează un act, și nu numai în raport cu o anumită dispoziție de lege.[4]

[2] M. Udroiu, *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole, Ediția 3,* Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 8.

[3] *Ibidem.*

[4] N. Volonciu, Tratat de procedură penală, vol. I, Editura Paideia, București, 1998, p. 83.

2. Extinderea urmăririi penale sau schimbarea încadrării juridice

Articolul 311 C. pr. pen.[5] vizează ipotezele în care este necesară modificarea cadrului procesual în care se efectuează urmărirea penală, determinat inițial de către organul judiciar, ca urmare a constatării unor împrejurări care nu au fost avute în vedere, fie din perspectiva situației de fapt, fie a încadrării juridice.[6]

În doctrină[7] au fost identificate trei mari situații de aplicabilitate a articolului 311 C. pr. pen., și anume: a) cazul în care urmărirea penală a fost începută *in rem*, fără a se fi dispus efectuarea urmăririi penale *in personam*; b) cazul în care s-a dispus efectuarea urmăririi penale *in personam*; c) cazul în care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale. Astfel, vom analiza efectul pe care descoperirea unor noi fapte sau persoane îl generează prin raportare la cele trei ipoteze enunțate anterior.

2.1. Ipoteza în care urmărirea penală a fost începută *in rem*, fără a se fi dispus efectuarea urmăririi penale *in personam*

În această situație se va putea dispune fie extinderea urmăririi penale cu privire la o altă faptă, având în vedere că în această etapă nu se pune problema extinderii cu privire la alte persoane, fie schimbarea încadrării juridice a faptei pentru care s-a dispus inițial începerea urmăririi penale, dacă împrejurarea nouă determină o altă calificare.[8]

Relevant pentru prezentul studiu este cazul în care se obțin date cu privire la o nouă împrejurare care atrage și o altă încadrare juridică a faptei pentru care se efectuau deja cercetări, situație în care se va dispune atât extinderea urmăririi penale cu privire la o alt faptă, cât și schimbarea încadrării juridice. În practică, de regulă, se procedează la emiterea unei ordonanțe cu dispozitiv complex însă nu trebuie exceptată *de plano* posibilitatea emiterii unor ordonanțe separate.

Exemplificativ, putem reține în acest caz atât ipoteza infracțiunii complexe cât și pe cea a infracțiunii continuate. Astfel, dacă organele de cercetare penală dispun începerea urmăririi penale cu privire la infracțiunea de furt (art. 228 C. pen.), însă pe parcursul cercetărilor se descoperă că bunul a fost sustras ca urmare a pătrunderii în locuința victimei fără drept și fără consimțământul acesteia din urmă, se va proceda la extinderea urmăririi penale cu privire la fapta de violare de domiciliu, cât și schimbarea încadrării juridice în infracțiunea de furt calificat art. 228-229 alin. (2) lit. b). În aceeași ordine de idei, în cazul în care

[5] Legea nr. 135/210 din 1 iulie 2010, publicată în Mon. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.
[6] M. Bulancea, A. Șinc în M. Udroiu (coordonator), *op. cit.*, p. 1735.
[7] *Ibidem.*
[8] *Ibidem.*

organele de cercetare penală au dispus începerea urmăririi penale cu privire la infracțiunea de furt (art. 228-229 alin. (2) lit. b) C. pen.) însă pe parcursul cercetărilor se descoperă că s-a mai comis o acțiune de sustragere dintr-o locuință învecinată în aceeași zi în care s-a comis și prima faptă descoperită, caz în care considerăm că se va impune extinderea urmăririi penale cu privire la fapta nou descoperită, urmând ca mai apoi să se dispună schimbarea încadrării juridice în infracțiune de furt calificat în formă continuată.

2.2. Ipoteza în care s-a dispus efectuarea urmăririi penale față de o anumită persoană

În acest caz extinderea urmăririi penale va putea fi dispusă atât cu privire la o altă faptă săvârșită de aceeași persoană, cât și cu privire la participarea unei alte persoane la fapta cu care a fost sesizat inițial organul de urmărire penală. Exemplele oferite pentru prima ipoteză sunt aplicabile *mutatis mutandis* și în acest caz.

În doctrină s-a menționat că pentru noile fapte sau persoane nu este necesară o nouă dispoziție de începere sau efectuare în continuare a urmăririi penale. Participantul față de care se dispune extinderea urmăririi penale dobândește prin acest act calitatea de suspect, iar organul judiciar trebuie să procedeze potrivit art. 307 C. pr. pen..[9]

2.3. Ipoteza în care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale

În acest caz, extinderea urmăririi penale nu modifică limitele acțiunii penale, având în vedere că instituția extinderii vizează excluziv limitele urmăririi penale, efectuate fie *in rem*, fie *in personam*. În aceste situații este necesară o dispoziție expresă a procurorului care să extindă acțiunea penală cu privire la noile fapte sau noile persoane.[10]

3. Nulitatea relativă a ordonanței de schimbare a încadrării juridice

Efectuarea schimbării de încadrare juridică în lipsa extinderii urmăririi penale duce ca, fără să fie începută urmărirea penală cu privire la o faptă, inculpatul să fie trimis în judecată pentru fapta respectivă, aspect care încalcă principiul legalității procesului penal. O atare încălcare a dispozițiilor legale cuprinse în art. 311 alin. (1) C. pr. pen. este sancționată cu nulitatea relativă, potrivit art. 282 C. pr. pen..

Potrivit alin. (1) al articolului antemenționat, „încălcarea oricăror dispoziții legale în afara celor prevăzute la art. 281 determină nulitatea actului atunci

[9] *Idem*, p. 1736.
[10] *Ibidem*.

când prin nerespectarea cerinței legale s-a adus o vătămare drepturilor părților ori ale subiecților procesuali principal, care nu poate fi înlăturată altfel decât prin desființarea actului". Astfel, constatăm că și în ipoteza dedusă discuției se poate pune problema incidenței sancțiunii nulității relative.

3.1. Condițiile stabilite de lege pentru a fi incidentă sancțiunea nulității relative

Din punctul nostru de vedere, încălcarea articolului 311 alin. (1) C. pr. pen. de către organul de urmărire penală atrage nulitatea relativă a ordonanței de schimbare a încadrării juridice, fiind îndeplinite toate condițiile prevăzute de lege pentru incidența acestei sancțiuni.

În primul rând, este evident că există o încălcare a standardului legal înscris în dispozițiile art. 311 alin. (1) C. pr. pen., organul de urmărire penală acționând în mod nelegal. În ceea ce privește sarcina probei, aceasta incumbă suspectului sau inculpatului.

În al doilea rând, se impune ca suspectul ori inculpatul să probeze existența vătămării. În cazul de față vătămarea se concretizează în ingerința adusă dreptului la apărare al persoanei, dat fiind faptul că lipsește cadrul procedural raportat la cea de-a doua acțiune din structura infracțiunii continuate.

Remarcăm faptul că doctrina și jurisprudența tratează superficial această condiție, dovedind o totală lipsă de interes în a concretiza modul în care aceasta se aplică unui anumit caz particular. Astfel, s-a arătat că „vătămarea procesuală constituie acea situație aptă de a prejudicia aplicarea principiilor fundamentale ale procesului penal sau garantarea drepturilor procesuale ale părților, având drept urmare crearea posibilității indezirabile și inadmisibile legal a soluționării greșite a cauzei".[11]

Înțelegem să achiesăm la definiția formulată recent în doctrină[12], definiție conform căreia vătămarea la care se referă art. 282 C. pr. pen. „constă în plasarea subiectului protejat de norma încălcată într-o situație mai dificilă sub aspect procesual decât aceea în care s-ar afla dacă actul nu ar exista". În cazul nostru, vătămarea se materializează în faptul că suspectul ori inculpatul ar fi trebuit să își construiască apărări și în raport cu cea de-a doua acțiune din structura unității legale de infracțiune, pe care altminteri, nu ar fi trebuit să le formuleze.

Așadar, pentru a stabili dacă, în urma încălcării dispozițiilor art. 311 C. pr. pen., suspectului ori inculpatului i s-a produs o vătămare urmează să realizăm o

[11] I.C.C.J., *Secția penală, încheierea nr. 55 din 14 ianuarie 2015, apud* T. Manea, A.S. Uzlău, C. Voicu, *Camera Preliminară. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 195.

[12] I. Kuglay în M. Udroiu (coordonator), *op. cit.*, p. 1975.

comparație între situația concretă în care acesta se află după efectuarea actului și situația în care el s-ar fi aflat dacă actul nu ar fi existat.[13]

În această ordine de idei, este evident că după emiterea ordonanței de schimbare a încadrării juridice situația suspectului/inculpatului s-a înrăutățit, în lipsa acestui act el urmând să fie trimis în judecată pentru o infracțiune simplă, și nu una continuată, caz în care nu s-ar putea stabili o pedeapsă majorată ca urmare a reținerii formei continuate.

Legat de dovedirea vătămării, în doctrină s-a arătat că vătămarea procesuală se constată prin simpla observare a situației în care subiectul se află, fiind rezultatul unei evaluări juridice a celor două situații (cea existentă și cea ipotetică) și nu rezultatul stabilirii unei situații de fapt prin intermediul probelor.[14]

Nu în ultimul rând, pentru a fi incidentă sancțiunea nulității relative a ordonanței de schimbare a încadrării juridice se impune ca vătămarea produsă să fie iremediabilă. Remarcăm că această condiție este îndeplinită în cazul analizat de noi, astfel încât singura soluție este desființarea ordonanței de schimbare a încadrării juridice.

Cu privire la sarcina probei, în doctrină s-a remarcat că „dovedirea de către partea sau subiectul procesual principal a îndeplinirii primelor două condiții conduce la reținerea unei prezumții relative de inechitate a procesului penal și la inversarea sarcinii probei cu privire la mecanismul compensatoriu care să remedieze vătămarea produsă”.[15]

3.2. Îndreptățirea de a invoca nulitatea relativă

În primul rând, persoana interesată în mod direct de consecințele actului efectuat cu încălcarea dispozițiilor art. 311 alin. (1) C. pr. pen. este suspectul ori inculpatul, dat fiind faptul că în urma nerespectării acestei norme se produce o consecință procesuală negativă în privința sa.

Totodată, și procurorul poate invoca nulitatea relativă a ordonanței de schimbare a încadrării juridice. În acest context, interesul propriu al procurorului nu este circumstanțiat noțiunii de acuzare, astfel încât procurorul nu are interesul de a acuza ci doar obligația de a proceda astfel atunci când constată că există temeiuri pentru aceasta.[16]

Prin urmare, procurorul poate invoca nulitatea relativă a ordonanței de schimbare a încadrării juridice în temeiul normelor constituționale și legale care reglementează rolul Ministerului Public – acela de reprezentant al intereselor

[13] *Ibidem.*

[14] *Ibidem.*

[15] M. Udroiu, *Procedură penală. Partea generală. Ediția 5*, Editura C.H. Beck, București, 2018, p. 969-970.

[16] I. Kuglay în M. Udroiu (coordonator), *op. cit.*, p. 1671.

generale ale societății, apărător al ordinii de drept şi al drepturilor şi intereselor persoanelor.[17]

Nu în ultimul rând, trebuie menționat faptul că, în lipsa unei intervenții legislative, dispozițiile art. 282 alin. (2) C. pr. pen. trebuie interpretate în conformitate cu decizia Curții Constituționale nr. 554/2017, decizie prin care instanța de contencios constituțional a stabilit că „soluția legislativă cuprinsă în dispozițiile art. 282 alin. (2) C. pr. pen. care nu permit invocarea din oficiu a nulității relative este neconstituțională".[18]

Prin urmare, judecătorul de cameră preliminară ori instanța de judecată va putea invoca din oficiu nulitatea relativă a ordonanței de schimbare a încadrării juridice.

3.3. Termenul în care poate fi invocată nulitatea relativă

Remarcăm faptul că dispozițiile art. 282 alin. (3) şi alin. (4) C. pr. pen. stabilesc un termen alternativ în care poate fi invocată sancțiunea nulității relative. Deci, nulitatea relativă a ordonanței de schimbare a încadrării juridice va putea fi invocată diferit, în funcție de procedura prin care actele de urmărire penală sunt supuse judecății.

Prin urmare, nulitatea relativă va putea fi invocată în cursul ori imediat după efectuarea acestui act dar cel mai târziu până la închiderea procedurii de cameră preliminară atunci când instanța a fost sesizată cu rechizitoriu, respectiv până la primul termen de judecată cu procedura legal îndeplinită atunci când instanța a fost sesizată cu un acord de recunoaștere a vinovăției.

În ceea ce privește noțiunea de „închiderea procedurii de cameră preliminară", instanța supremă a stabilit că momentul de referință este acela „la care judecătorul de cameră preliminară dezbate cererile şi excepțiile conform art. 345 C. pr. pen.."[19]

4. Nulitatea ordonanței de punere în mișcare a acțiunii penale și neregularitatea rechizitoriului

Nulitatea ordonanței de punere în mișcare a acțiunii penale intervine ca urmare a extinderii efectelor nulităților, astfel încât urmează să fie constatată şi nulitatea actelor subsecvente actului nul (ordonanța de schimbare a încadrării juridice) având în vedere legătura directă cu acesta. Astfel, constatăm că nulitatea derivată prevăzută de dispozițiile art. 280 alin. (2) C. pr. pen. produce efecte *ope legis*, nefiind necesar a analiza condițiile nulității relative.

[17] *Ibidem.*

[18] D.C.C. nr. 554/2017 publicată în M. Of. nr. 1013 din 21 decembrie 2017.

[19] R.I.L. nr. 14/2018 publicat în M. Of. nr. 765 din 5 septembrie 2018.

Totodată, se impune a fi constată şi sancţiunea neregularităţii rechizitoriului. Amintim că această sancţiune este independentă de existenţa vreunei vătămări fiind intim legată de evaluarea de către judecător a naturii idonee a rechizitoriului în scopul înlăturării patologiilor procesuale.[20]

Deşi validitatea rechizitoriului nu este dependentă de legalitatea actelor de urmărire penală şi de sancţiunile aplicate acestora, anularea ordonanţei de punere în mişcare a acţiunii penale atrage implicit şi neregularitatea rechizitoriului.

În acest context este evident că rechizitoriului îi lipseşte însuşi obiectul sesizării instanţei, astfel încât acesta nu îşi mai poate îndeplini funcţia de act de sesizare a instanţei cu acţiunea penală, situaţie care atrage restituirea cauzei la Parchet.[21]

Considerăm că acest gen de situaţii atrage în mod indubitabil restituirea automată a cauzei la Parchet deoarece inaptitudinea rechizitoriului de a învesti instanţa cu acţiunea penală nu poate fi remediată decât prin refacerea ordonanţei de schimbare a încadrării juridice şi a actelor subsecvente, cu preponderenţă a ordonanţei de punere în mişcare a acţiunii penale – deci numai în cadrul urmăririi penale.

În sensul existenţei unei „restituiri automate la parchet" este şi concluzia la care s-a ajuns în cadrul întâlnirii preşedinţilor secţiilor penale ale Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie şi Curţilor de Apel din 16-17 mai 2019, menţionându-se la punctul 19 al minutei că „trimiterea în judecată pentru fapte pentru care nu a fost pusă în mişcare acţiunea penală constituie o neregularitate a rechizitoriului care duce la imposibilitatea stabilirii judecăţii şi sancţionată cu restituirea cauzei la procuror".[22], menţionându-se la punctul 19 al minutei că „trimiterea în judecată pentru fapte pentru care nu a fost pusă în mişcare acţiunea penală constituie o neregularitate a rechizitoriului care duce la imposibilitatea stabilirii judecăţii şi sancţionată cu restituirea cauzei la procuror". Deşi obiectul discutat în cadrul întâlnirii nu are legătură directă cu situaţia analizată de noi, am făcut trimitere la aceasta pentru a evidenţia existenţa unei asemenea soluţii.

Cu toate că *de legea lata* normele de procedură penală nu permit restituirea automată, fiind obligatorie acordarea unui termen de 5 zile procurorului pentru a proceda la remedierea neregularităţilor, propunem o reconfigurare în sensul instituirii unei soluţii autonome de restituire automată a cauzei la Parchet atunci când procurorul nu ar avea posibilitatea efectivă de a proceda la remedierea neregularităţilor constatate.

[20] M. Udroiu, *op. cit.*, p. 986.

[21] I. Kuglay, *Restituirea cauzei la Parchet pentru neregularitatea rechizitoriului*, în C.D.P. nr. 1/2018, p. 38.

[22] Disponibilă la https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/07/Minuta-intalnire-presedinti-sectii-penale.pdf, accesat pe data de 9.01.2022.

5. Concluzii

Organului de urmărire penală îi incumbă obligația procedurală de a dispune inițial extinderea urmăririi penale cu privire la acțiunea nou descoperită din structura unității legale de infracțiune și abia apoi emiterea unei ordonanțe de schimbare a încadrării juridice. Dispozițiile stipulate în art. 311 alin. (1) C. pr. pen sunt înfrânte atunci când extinderea acuzație cu privire la cea de-a doua acțiune din structura infracțiunii continuate se realizează direct printr-o ordonanță de schimbare a încadrării juridice. O asemenea încălcare atrage sancțiunea nulității relative a ordonanței de schimbare a încadrării juridice iar ca efect al nulităților derivate intervine și nulitatea ordonanței de punere în mișcare a acțiunii penale. Totodată, anularea ordonanței de punere în mișcare a acțiunii penale conduce la neregularitatea rechizitoriului, situație care atrage restituirea cauzei la Parchet.

Bibliografie

Kuglay I., *Restituirea cauzei la Parchet pentru neregularitatea rechizitoriului*, în C.D.P. nr. 1/2018

Manea T., Uzlău A. S., Voicu C., *Camera Preliminară. Practică judiciară*, Editura Hamangiu, București, 2017

Udroiu M., *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole,* ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2020

Udroiu M., *Procedură penală. Partea* generală, ed. a V-a, Editura C.H. Beck, București, 2018

Volonciu N., *Tratat de procedură penală*, vol. I, Editura Paideia, București, 1998,

ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAŞI
TOMUL LXVIII/1, ŞTIINŢE JURIDICE, 2022

DOI: 10.47743/jss-2022-68-1-23

Legalitatea pedepsei din perspectiva cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală

Legality of the Punishment from the Perspective of the Case of Cassation provided by Art. 438 Paragraph (1) Point 12 of the Code of Criminal Procedure

MARIAN MĂDĂLIN PUŞCĂ[1], MANUELA MARIA NECHITA (CĂS. PUŞCĂ)[2]

Rezumat: Legalitatea sancțiunilor penale aplicate de instanța de apel poate fi decelată prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală. Analiza legalității pedepsei nu este, însă, una exhaustivă, ci se limitează la încălcări ale legii în cazul erorilor care se produc în legătură cu stabilirea pedepsei principale, a pedepselor complementare sau accesorii, dar și a măsurilor educative, fie prin aplicarea unei sancțiuni neprevăzute de lege, fie prin nerespectarea limitelor legale ori a tratamentului sancționator impus de legiuitor. Prezentul studiu urmărește ilustrarea formulei de interpretare jurisprudențială a Înaltei Curți în materia legalității pedepsei în cazuri particulare din perspectiva motivului de casare prevăzut de art. 438 pct. 12 Cod procedură penală. Avem în vedere ca mijloace metodologice utilizate următoarele: *literature review, analiză, interpretare.*

Cuvinte-cheie: legalitatea pedepsei, recurs în casație, jurisprudență Înalta Curte de Casație și Justiție

Abstract: The legality of the criminal sanctions applied by the appellate court can be detected in the light of the cassation case provided by art. 438 par. (1) point 12 of the Code of Criminal Procedure. The analysis of the legality of the punishment is not, however, an exhaustive one, but is limited to violations of the law in case of errors that occur in connection with the establishment of the main punishment, complementary or accessory punishments, but also educational measures, or by applying an unforeseen sanction law, either by non-compliance with the legal limits or the sanctioning treatment imposed by the legislator. The present study aims to illustrate the formula of

[1] Magistrat asistent în cadrul Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție, drd. Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: cpmro@yahoo.com

[2] Magistrat asistent în cadrul Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție, drd. Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: manuela.pusca@gmail.com

jurisprudential interpretation of the Supreme Court in the matter of the legality of the punishment in particular cases from the perspective of the cassation case provided by art. 438 point 12 of the Code of Criminal Procedure. We consider as methodological means used the following: literature review, analysis, interpretation.

Keywords: legality of punishment, cassation appeal, jurisprudence Supreme Court

I. Considerații generale

Recursul în casație nu este o cale de atac nouă în peisajul juridic românesc, atât în Codul de procedură penală din 1936[3], cât și în reglementarea românească ulterioară[4], până la actualul Cod de procedură penală[5], recursul a constituit o cale de atac ordinară, și nu extraordinară, determinând verificarea legalității și temeiniciei hotărârii atacate, pentru o serie de motive expres prevăzute de lege.[6]

Prin prevederile noului Cod de procedură penală[7], recursul în casație a devenit o cale de atac extraordinară, într-un sistem guvernat de dublul grad de jurisdicție, reprezentând un ultim nivel de jurisdicție în care părțile pot solicita conformitatea hotărârii atacate cu regulile de drept aplicabile, însă doar în limita cazurilor de casare prevăzute expres și limitativ de legiuitor și numai pentru motive de nelegalitate.

Potrivit dispozițiilor art. 438 alin. (1)Cod procedură penală motivele de recurs în casație sunt limitate la nerespectarea dispozițiilor privind competența după materie sau după calitatea persoanei, atunci când judecata a fost efectuată de o instanță inferioară celei legal competente (pct. 1); condamnarea inculpatului pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală (pct. 7); încetarea, în mod greșit, a procesului penal (pct. 8); lipsa constatării grațierii sau constatarea în mod greșit că pedeapsa aplicată inculpatului a fost grațiată (pct. 11); aplicarea unor pedepse în alte limite decât cele prevăzute de lege (pct. 12).

Prin limitarea cazurilor în care poate fi promovată, această cale extraordinară de atac tinde să asigure echilibrul între principiul legalității și principiul respectării autorității de lucru judecat, legalitatea hotărârilor definitive putând

[3] Legea nr. 10 din 19.03.1936 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of., Partea I, nr. 66 din 19.03.1936.

[4] Legea nr. 31 din 12.11.1968 privind Codul de procedură penală, publicată în Buletinul Oficial nr. 146 din 12.11.1968.

[5] Legea nr. 135 din 01.07.2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of., Partea I, nr. 486 din 15.07.2010.

[6] N. Volonciu, A.S.Uzlău (coord.), *Codul de procedură penală, comentat*, ed. a 3-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2017, p.1270-1271.

[7] Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

fi analizată doar din perspectiva unor încălcări ale legii pe care legiuitorul le-a apreciat ca fiind importante.[8]

Aşadar, analiza criticilor în calea extraordinară de atac a recursului în casaţie nu presupune examinarea cauzei sub toate aspectele, ci doar controlul legalităţii hotărârii atacate, respectiv al concordanţei acesteia cu regulile de drept aplicabile, având aşadar, ca scop exclusiv sancţionarea deciziilor neconforme cu legea materială şi procesuală şi nicidecum judecarea propriu-zisă a procesului penal prin reaprecierea faptelor şi a vinovăţiei persoanei condamnate/achitate.

Aceste consideraţii sunt valabile şi în cazul de casare prevăzut de dispoziţiile art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen., potrivit cărora hotărârile sunt supuse casării în situaţia în care „s-au aplicat pedepse în alte limite decât cele prevăzute de lege".

II. Sfera de aplicabilitate a cazului de casare prevăzut de dispoziţiile art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală

Deşi, după intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, acest caz de casare era analizat jurisprudenţial preponderent din perspectiva permiterii unei simple verificări matematice a cuantumului pedepselor principale aplicate inculpaţilor de instanţe cu pedepsele stabilite de textele legale încălcate[9], în jurisprudenţa sa recentă, Înalta Curte a extins sfera de aplicabilitate a acestui caz de recurs în casaţie, statuând asupra incidenţei acestuia *„în cazul unor erori produse ca urmare a stabilirii unei pedepse neprevăzute de legea penală sau cu o durată superioară sau inferioară limitelor legale speciale.*

Acest caz de recurs în casaţie este incident atunci când sunt încălcate limitele prevăzute în partea specială, dispoziţiile privind concursul de infracţiuni, recidivă sau măsuri educative (...) stabilindu-se că o pedeapsă depăşeşte de regulă limitele prevăzute de lege dacă se situează în afara limitelor speciale ale pedepsei prevăzute de Codul penal sau de legile speciale, pentru o anumită infracţiune[10]."

Analiza legalităţii pedepsei din perspectiva cazului de casare prevăzut de dispoziţiile art. 438 alin. (1)pct. 12 C. pr. pen. presupune examinarea conformităţii pedepsei aplicate inculpatului de instanţele inferioare cu limitele prevăzute de lege, aceasta deoarece, în procesul penal, pedeapsa nu poate fi aplicată în afara unui regim expres prevăzut de lege ori cu depăşirea cerinţelor normative proprii unor limite speciale de pedeapsă. Încălcarea dispoziţiilor legale relative la aceste elemente plasează regimul sancţionator şi, implicit, pedeapsa aplicată, în afara limitelor determinate de legiuitor şi justifică intervenţia instanţei de casaţie.

[8] I.C.C.J, Secţia Penală, decizia nr. 100/RC din data de 4 martie 2021, www.scj.ro.

[9] S. L. Macavei, „Cazul de recurs în casaţie prevăzut în art. 438 alin. (1) pct. 12 Cod procedură penală", p. 2-3, consultat pe www.juridice.ro.

[10] I.C.C.J., Secţia Penală, decizia nr. 231/RC din data de 25 mai 2021, www.scj.ro.

Jurisprudența instanței supreme este constantă în a aprecia asupra incidenței cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală în cazul stabilirii greșite a cuantumului pedepsei principale aplicate inculpatului (fie depășește maximul special prevăzut de lege, fie pedeapsa aplicată este sub minimul special), în cazul erorilor privind calculul pedepsei rezultante ca urmare a reținerii concursului de infracțiuni, precum și a modului de stabilire a acestor pedepse în raport de regimul juridic aplicabil (recidiva postcondamnatorie, pluralitatea intermediară de infracțiuni).

Astfel, în cazul erorilor privind tratamentul sancționator al concursului de infracțiuni sau al recidivei, acestea au fost corectate de instanța supremă pe calea recursului în casație întemeiat pe dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen.[11]: în situația în care instanța de apel a adăugat la pedeapsa cea mai grea un spor superior fracției de o treime din totalul celorlalte pedepse stabilite și, în consecință, a aplicat o pedeapsă rezultantă superioară pedepsei determinate conform prevederilor art. 39 alin. (1) lit. b Cod penal[12]; atunci când instanța de apel a dispus contopirea pedepselor aplicate, fără a constata că unele dintre acestea stabilite printr-o altă sentință au fost modificate de instanța de control judiciar[13], având drept consecință stabilirea unei pedepse rezultante într-un cuantum mai mare decât cel legal; atunci când instanța de apel a redus cuantumul pedepsei aplicate inculpatului sub minimul special prevăzut de lege, fără a reține în prealabil, vreo cauză legală sau judiciară de reducere a pedepsei.

Astfel cum am precizat în partea introductivă a acestui studiu, analiza Înaltei Curți nu se rezumă exclusiv la o verificare matematică a cuantumului pedepselor principale aplicate inculpaților de instanțe în raport de pedepsele stabilite de textele penale incidente, ci presupune și o examinare a modului de stabilire a acestor sancțiuni: în cazul recidivei postcondamnatorii, stabilirea greșită a restului rămas de executat din pedeapsa anterioară, cu consecința aplicării unei pedepse contrare art. 43 alin. (1) C. pen., se încadrează în cazul de recurs în casație prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen.[14], sau situația în care în mod greșit instanța de apel la momentul stabilirii tratamentului sancționator aplicabil inculpatului a reținut, săvârșirea faptelor în stare de recidivă postcondamnatorie, în temeiul art. 96 alin. 4 raportat la art. 43 alin. (1) C. pen., deși nu era îndeplinită condiția ca primul termen al recidivei să fie o pedeapsă mai mare de 1 an. În cauză, instanța de recurs în casație a constatat că

[11] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 150/RC din data de 4 aprilie 2017, www.scj.ro.

[12] Legea nr. 286 din 25.06.2009 privind Codul penal, publicată în M. Of., Partea I, nr. 510 din 24.07.2009.

[13] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 84/RC din data de 8 martie 2019, www.scj.ro.

[14] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 327/RC din data de 21 septembrie 2016, www.scj.ro.

sunt incidente dispozițiile referitoare la pluralitatea intermediară și a restabilit tratamentul sancționator aplicabil prin raportare la regulile de la concursul de infracțiuni prevăzut de dispozițiile art. 39 C. pen.[15]

În materia suspendării executării pedepsei sub supraveghere, s-a constatat de instanța supremă incidența cazului de recurs în casație prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen., atunci când instanța de apel reținând incidența cauzelor de reducere a pedepsei și a cauzelor de majorare a pedepsei, a aplicat pedeapsa închisorii de cel mult 3 ani și a dispus suspendarea executării pedepsei sub supraveghere, iar Înalta Curte a constatat că limita minimă a pedepsei închisorii rezultată prin aplicarea cauzelor de reducere a pedepsei și a cauzelor de majorare a pedepsei este mai mare de 3 ani închisoare, sens în care a dispus majorarea pedepsei până la limita minimă rezultată ca efect al incidenței cauzelor de reducere a pedepsei și a cauzelor de majorare a pedepsei și a înlăturat dispozițiile privind suspendarea executării pedepsei sub supraveghere."[16]

Pe de altă parte, în ipoteza în care instanța de apel a aplicat pedeapsa închisorii mai mare de 3 ani pentru un concurs de infracțiuni, iar Înalta Curte a constatat că aplicarea corectă a dispozițiilor privind concursul de infracțiuni conduce la o pedeapsă inferioară duratei de 3 ani, s-a stabilit incidența cazului de recurs în casație prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen. și urmare a admiterii recursului în casație, instanța a redus pedeapsa rezultantă, însă nu a putut dispune suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.[17]

În primă ipoteză s-a apreciat că, neîndeplinirea condițiilor privind suspendarea executării pedepsei ca urmare a stabilirii tratamentului sancționator corect reprezintă un element de nelegalitate al deciziei atacate și justifică schimbarea modalității de executare a pedepsei, însă în cea de-a doua ipoteză, aprecierea de către instanța de casație asupra oportunității aplicării suspendării sub supraveghere reprezintă o formă de individualizare a pedepsei aplicate, aspect ce nu poate fi supus analizei pe calea recursului în casație.

În situația acestor ipoteze prezentate, jurisprudența Înaltei Curți a fost constantă în a aprecia că acestea se circumscriu cazului de casare prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen., reprezentând practic situațiile premise ale reglementării acestui motiv, însă în ceea ce privește posibilitatea analizării legalității pedepselor complementare sau accesorii, ori a măsurilor educative, practica instanței supreme a pornit de la o versiune mai rigidă și a continuat cu o abordare mult mai permisivă, astfel că în jurisprudența recentă aceste situații se subsumează noțiunii de „legalitatea pedepsei" și intră sub incidența cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen..

[15] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 316/RC din data de 20 septembrie 2019, www.scj.ro.

[16] I.C.C.J., Secția Penală, deciziile penale nr. 521/RC din 25 noiembrie 2016, nr. 250/RC din 15 iunie 2017, nr. 471/RC din 7 noiembrie 2016, www.scj.ro.

[17] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 169/RC din 11 mai 2016, www.scj.ro.

Așadar, instanța supremă nu s-a restrâns întotdeauna în analiza limitelor pedepselor principale aplicate inculpaților prin raportare la limitele prevăzute de lege pentru infracțiunile comise, ci a considerat incident cazul de casare amintit și prin prisma omisiunii înseși a instanțelor de a aplica acestora o pedeapsă accesorie sau complementară sau, în general, de a aplica sau cuantifica o sancțiune penală în sine.[18]

Printr-o decizie de speță[19], Înalta Curte a apreciat că „aplicarea pedepsei accesorii independent de pedeapsa complementară, nu poate fi cenzurată pe calea recursului în casație, întrucât excede cazurilor de casație prevăzute de lege", dar ulterior optica instanței supreme s-a schimbat, apreciind că dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen. nu se referă doar la aplicarea unei pedepse într-un cuantum situat sub minimul sau peste maximul prevăzut de lege, ci vizează regimul sancționator în totalitate, respectiv pedepse principale, complementare sau accesorii și modalitatea de individualizare a aplicării sau executării pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea reținută. Pedepsele complementare și accesorii au un caracter secundar, ele aplicându-se doar alăturat unei pedepse principale, rezultând așadar că acestea, în procesul individualizării sancțiunii, trebuiau să urmeze aceeași cale cu aceea prevăzută pentru pedepsele principale.

Prin urmare, modalitatea de stabilire a pedepselor de către instanța de apel în sensul omisiunii aplicării pedepselor accesorii pe lângă pedepsele principale și complementare are semnificația juridică a aplicării pedepselor în afara limitelor prevăzute de lege, în sensul cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen..[20]

De asemenea, Înalta Curte a apreciat că se circumscrie acestui caz de casare și situația în care inculpatului i s-a aplicat pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi[21], deși pedeapsa principală aplicată era de 1 an închisoare, or, potrivit art. 65 C. pen. anterior[22], pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi putea fi aplicată, dacă pedeapsa principală stabilită este închisoarea de cel puțin 2 ani și instanța constata că, față de natura și gravitatea infracțiunii, împrejurările cauzei și persoana infractorului, această pedeapsă este necesară.[23]

În cazul măsurilor educative, de asemenea, a existat o abordare inițială rigidă a instanței supreme care a apreciat că motivul de recurs în casație prevăzut

[18] S.L. Macavei, *op. cit.*, p. 10.

[19] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 249/RC din 14 octombrie 2014, www.scj.ro.

[20] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 543/RC din 14 decembrie 2016, www.scj.ro.

[21] În reglementarea actuală, art.66 „conținutul pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi".

[22] Legea nr. 15 din 21.06.1968 privind Codul penal, publicată în M. Of., Partea I, nr. 65 din 16.04.1997.

[23] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 498/RC din 15 decembrie 2017, www.scj.ro.

de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen. se referă doar la pedepse și nu poate privi sancțiunile aplicate minorilor (măsurile educative)[24], cu titlu de excepție fiind doar situația în care condamnatului i s-au aplicat sancțiuni penale care se compun din pedeapsa închisorii și o parte din durata măsurii educative (conform art. 129 alin. (2) din Codul penal). [25].

Evoluția jurisprudențială permisivă de interpretare a cazului de recurs în casație prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen., a condus la aprecierea instanței supreme în sensul că sintagma „pedeapsă" are un sens mai larg, de sancțiune de drept penal, cuprinzând și sfera măsurilor educative, context în care legalitatea naturii și duratei acestora sunt supuse verificării în cadrul căii extraordinare de atac a recursului în casație.[26]

Într-o decizie de speță[27], Înalta Curte a constatat că durata măsurii educative dispusă de instanța de apel este mai mare decât maximul special ce putea fi dispus pe baza textelor legale incidente în cauză, astfel că, urmare a admiterii recursului în casație, a procedat la restabilirea tratamentului sancționator prin reducerea duratei măsurii educative a internării într-un centru de detenție aplicată inculpatului până la limita maximă prevăzută de lege, respectiv 3 ani și 4 luni. A reținut că pedepsele principale pentru infracțiunile pentru care inculpatul minor a fost trimis în judecată se situează, ambele, între 3 și 10 ani închisoare, fiind aplicabil textul de individualizare a măsurii educative în forma art. 125 alin. (2) teza I C. pen., respectiv se poate aplica măsura internării într-un centru de detenție pe o perioadă cuprinsă între 2 și 5 ani, cu trimitere și la art. 129 alin. (1) C. pen., în ipoteza concursului de infracțiuni. De asemenea, a reținut că inculpatul minor a uzat de procedura simplificată prevăzută de dispozițiile art. 396 alin. 10 teza finală C. pr. pen. (situație în care limitele de pedeapsă se reduc cu o treime), astfel că în speță perioada pentru care se putea dispune măsura educativă a internării într-un centru de detenție este între 1 an și 4 luni și 3 ani și 4 luni.

O altă situație care a cunoscut deopotrivă o versiune rigidă de interpretare, bogat abordată în jurisprudența instanței supreme a fost pe marginea principiului *non reformatio in pejus*, ca împrejurare concretă ce ține de individualizarea pedepsei, în afara celor legate de faptă, de calitatea făptuitorului sau a victimei, ci de natură procesuală.

Așadar, într-o primă abordare s-a apreciat de instanța supremă că „ceea ce se invocă este nerespectarea dispozițiilor art. 418 alin. (1) C. pr. pen. privind neagravarea situației în propriul apel, motiv ce nu poate fi analizat din perspectiva art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen.; aceste din urmă dispoziții sunt de strictă interpretare și vizează exclusiv situarea sancțiunii aplicate în cadrul limitelor

[24] I.C.C.J. Secția Penală, încheierea penală nr. 169 din 13.05.2015, nepublicată.
[25] I.C.C.J. Secția Penală, decizia penală nr. 267/RC din 21 octombrie 2014, www.scj.ro.
[26] I.C.C.J, Secția Penală, decizia penală nr. 251/RC din 14 octombrie 2014, nepublicată.
[27] I.C.C.J., Secția Penală, decizia penală nr. 421/RC din 23 noiembrie 2018, nepublicată.

stabilite de norma de incriminare şi nu permit verificarea tuturor aspectelor de nelegalitate care, în final, au produs consecinţe asupra cuantumului pedepsei."[28]

Într-o interpretare permisivă şi care este adoptată şi în prezent, Înalta Curte a efectuat o verificare concretă a principiului *non reformatio in pejus* în cadrul examinării cazului de recurs în casaţie prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen.: principiul anterior amintit stabileşte limite ale tratamentului sancţionator în considerarea cuantumului pedepsei ce nu se suprapun perfect peste cele din norma de incriminare sau în considerarea modalităţii de executare ce nu pot fi ignorate sau nesocotite de instanţe. Ignorarea limitelor de pedeapsă ori a modalităţii de executare determinate de textele de lege sau de incidenţa acestui principiu, în defavoarea inculpatului (prin stabilirea unui tratament sancţionator mai sever), se subsumează conceptului de pedeapsă nelegală. Ca urmare, în cazul recursului în casaţie, evaluat în contextul cazului de casare de la pct. 12, instanţa poate analiza modalitatea de executare ca făcând parte din conceptul de pedeapsă nelegală sau poate evalua incidenţa principiilor ce au influenţă asupra tratamentului sancţionator cum este *non reformatio in pejus*, ce stabileşte limite ale pedepsei sau modalitatea de executare ce nu pot fi nesocotite.[29]

Într-o altă speţă, Înalta Curte a cenzurat decizia instanţei de apel, apreciind că a fost încălcat principiul *non reformatio in pejus* consacrat în art. 418 C. pr. pen. prin aplicarea unui tratament sancţionator mai sever constând în înlăturarea dispoziţiilor privind suspendarea executării pedepsei sub supraveghere. [30]

Această prezentare succintă a interpretării jurisprudenţiale dată de instanţa supremă aspectelor frecvent invocate în cuprinsul cererilor de recurs în casaţie şi care intră în sfera de incidenţă a cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 C. pr. pen., reliefează o abordare mai puţin restrictivă a principiului legalităţii pedepsei.

Există însă şi o altă orientare jurisprudenţială, respectiv cea în care se apreciază că nu se circumscriu acestui caz de casare ipotezele în care se invocă greşita individualizare a pedepsei în raport de prevederile art. 74 C. pen., desfăşurarea judecăţii potrivit procedurii de drept comun, iar nu potrivit procedurii abreviate a recunoaşterii învinuirii, reaprecierea materialului probator administrat în faţa instanţelor de fond şi având drept consecinţă reţinerea unei alte situaţii de fapt.[31]

[28] I.C.C.J., Secţia Penală, deciziile penale nr. 104/RC din data de 31 martie 2016 şi nr. 337/RC din 25 noiembrie 2014, www.scj.ro.

[29] I.C.C.J., Secţia Penală, deciziile penale nr. 203/RC din 17 iunie 2015 şi nr. 218/RC din 23 iunie 2015, nepublicate.

[30] I.C.C.J., Secţia Penală, decizia penală nr. 459/RC din 21 noiembrie 2017, www.scj.ro.

[31] M. Udroiu (coord.), *Codul de procedură penală- Comentariu pe articole*, ed a 2-a, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2017, p.1731.

În privința circumstanțelor atenuante, optica instanței supreme este unanimă în a aprecia că acestea reprezintă o parte a operațiunii de individualizare judiciară a sancțiunii penale, care este atributul exclusiv al instanțelor de fond, singurele în măsură să stabilească o pedeapsă în limitele prevăzute de lege în funcție de criteriile menționate în art. 74 C. pen., instanța de recurs în casație fiind limitată, conform art. 447 C. pr. pen., la a verifica exclusiv legalitatea deciziei.[32]

III. Incidența cazului de casare prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1)pct. 12 din Codul de procedură penală în situații controversate

III.1. Cauza legală de reducere a pedepsei prevăzută de art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor[33]

O situație particulară o reprezintă aceea în care denunțătorul a efectuat toate demersurile privind facilitarea identificării și tragerii la răspundere penală a altor persoane, declarațiile sale fiind valorificate de organele judiciare, dar instanța de apel nu a acordat beneficiul juridic reglementat de art. 19 din Legea nr. 682/2002[34], iar, ulterior, inculpatul a solicitat pe calea recursului în casație aplicarea acestui beneficiu.

Instituția reglementată de art. 19 din Legea nr. 682/2002 are natura juridică a unei cauze legale speciale de reducere a pedepsei, cu un caracter personal, însă, recunoașterea efectelor acestei cauze de atenuare reclamă intervenirea unei atitudini active a martorului, concretizată atât în denunțarea, cât și în facilitarea tragerii la răspundere penală a altor persoane, cel mai târziu până la data judecării definitive a cauzei având ca obiect infracțiunea comisă de către martorul însuși.

Această cauză de reducere a pedepsei a fost prevăzută de legiuitor ca un instrument eficient pentru combaterea infracțiunilor, fiind un beneficiu acordat persoanelor care au comis fapte penale și dețin informații decisive cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, pentru a le determina să furnizeze acele informații organelor judiciare.

---

[32] I.C.C.J., Secția Penală, decizia nr. 100/RC din data de 4 martie 2021, www.scj.ro.

[33] În vigoare din data de 27 ianuarie 2003, republicată în M. Of., Partea I, nr. 288 din data de 18 aprilie 2014.

[34] „Persoana care are calitatea de martor, în sensul art. 2 lit. a) pct. 1, și care a comis o infracțiune gravă, iar înaintea sau în timpul urmăririi penale ori al judecății denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit astfel de infracțiuni beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege."

În egală măsură, cauze legale de reducere a pedepsei sunt cuprinse și în dispozițiile art. 19 din OUG nr. 43/2002 privind Direcția Națională Anticorupție[35], art. 15 din OUG nr. 78/2016 pentru organizarea și funcționarea Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism[36] și art. 15 din Legea nr. 143/2000[37] privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri. O dispoziție similară exista și în cuprinsul art. 30 din Legea nr. 656/2002[38] pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism, până la abrogarea acesteia și înlocuirea cu Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative.

Toate aceste dispoziții constituie cauze legale de reducere a pedepsei și au drept condiție *sine qua non* facilitarea de către persoana ce a comis una din infracțiunile din legile anterior enunțate identificării și tragerii la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit infracțiuni de natura celor la care fac referire legile speciale.

Jurisprudența instanței supreme neagă posibilitatea evaluării art. 19 din Legea nr. 682/2002 în cadrul căii extraordinare a recursului în casație.

În acest context, considerăm că pentru a analiza posibilitatea evaluării incidenței acestei cauze prin intermediul recursului în casație, se impune a evidenția practica instanței supreme cu privire la conduita beneficiarului efectelor cauzei legale de reducere a pedepsei sub aspectul facilitării, de către același martor denunțător, a identificării și tragerii la răspundere penală a persoanelor denunțate.

În acest sens, se pune problema identificării fazei procesuale necesare pentru a valida conduita beneficiarului denunțului și a genera incidența cauzei de reducere a pedepsei. Este suficient ca organele judiciare să dispună începerea urmăririi penale *in rem*, este nevoie de efectuarea în continuare a urmăririi penale față de o persoană sau de a fi pusă în mișcare acțiunea penală ori, mai mult, se impune obligația ca acea persoană să fie trimisă în judecată sau chiar condamnată?

Examenul de jurisprudență de la nivelul instanței supreme nu lămurește această problemă, fiind identificate mai multe soluții.

[35] Publicată în M. Of., Partea I, nr. 244 din data de 11 aprilie 2002.

[36] Publicată în M. Of., Partea I, nr. 938 din data de 22 noiembrie 2016.

[37] Publicată în M. Of., Partea I, nr. 163 din data de 6 martie 2014.

[38] În vigoare de la 12 decembrie 2002 până la 20 iulie 2019, fiind abrogată și înlocuită prin Legea nr. 129/2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicată în M. Of., Partea I nr. 589 din 18 iulie 2019.

Într-o opinie, s-a considerat că pentru a beneficia de cauza legală de reducere a pedepsei este necesară începerea urmăririi penale *in personam* sau punerea în mișcare a acțiunii penale.

În acest sens, jurisprudența instanței supreme a stabilit că se poate reține beneficiul acordat de art. 19 din Legea nr. 682/2002 în cazul în care denunțul formulat de inculpat a fost valorificat sub aspect probator, dispunându-se luarea măsurii arestării preventive față de inculpatul denunțat[39], în cazul în care inculpatul a contribuit la prinderea în flagrant a persoanei denunțate, chiar dacă în cauză nu se emisese rechizitoriul[40], în cazul în care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale față de inculpatul cu privire la care s-a formulat denunțul[41].

În alte cauze, nu a fost reținut beneficiul cauzei de reducere a pedepsei întrucât denunțul formulat nu a condus la începerea urmăririi penale *in personam*[42] și se efectuează cercetări pentru identificarea altor mijloace de probă în vederea stabilirii cu certitudine a situației de fapt[43].

Într-o altă opinie, s-a apreciat că incidența cauzei legale de reducere a pedepsei este condiționată de tragerea la răspundere penală a persoanei față de care s-a formulat denunțul, fie prin trimiterea în judecată, fie prin condamnarea inculpatului.

Înalta Curte a considerat că nu sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 19 din Legea nr. 682/2002, întrucât nu a intervenit tragerea la răspundere penală a unei persoane, apreciind că punerea în mișcare a acțiunii penală față de persoana denunțată nu echivalează cu tragerea sa la răspundere penală[44] ori că se impune emiterea unui rechizitoriu[45].

De asemenea, instanța supremă a reținut beneficiul instituit de art. 19 din Legea nr. 682/2002 în cazul în care denunțul a fost valorificat, față de inculpat dispunându-se condamnarea în primă instanță[46].

Sub aspectul problemei analizate, opinăm în sensul că pentru reținerea acestui beneficiu este necesară continuarea urmăririi penale *in personam*, simpla începere a urmăririi penale *in rem* nefiind suficientă pentru a reține incidența art. 19 din Legea nr. 682/2002, având un caracter automat atât timp cât sunt îndeplinite condițiile de fond și formă impuse de lege, iar interpretarea conform căreia este necesară punerea în mișcare a acțiunii penale, trimiterea în judecată

[39] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 158/A din 13 aprilie 2016, www.scj.ro.
[40] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 135/A din 15 aprilie 2019, www.scj.ro.
[41] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 129/A din 12 aprilie 2017, www.scj.ro.
[42] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 415/A din 27 octombrie 2016, www.scj.ro.
[43] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 2159 din 25 iunie 2014, www.scj.ro.
[44] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 341/A din 31 octombrie 2019, www.scj.ro.
[45] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 79/A din 29 martie 2018, www.scj.ro.
[46] I.C.C.J, Secția penală, Decizia nr. 220/A din 21 iunie 2019, www.scj.ro.

sau condamnarea, restrânge excesiv sfera de aplicare a acestei cauze de reducere a pedepsei.

De altfel, această problemă a făcut recent obiectul analizei instanței supreme în cadrul unei dezlegări de drept în materie penală, Înalta Curte fiind sesizată de Curtea de Apel Craiova cu dezlegarea următoarei chestiuni de drept:

> *„Dacă aplicarea beneficiului dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 682/2002 față de inculpatul care are calitatea de denunțător într-o cauză penală este condiționată de continuarea urmăririi penale in personam, de punerea în mișcare a acțiunii penale sau dacă este suficientă începerea urmăririi penale in rem în cauza în care acesta are calitatea de martor denunțător."*

Prin decizia nr. 79 din 18 noiembrie 2021[47], Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, a stabilit că aplicarea beneficiului dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 682/2002, față de inculpatul care are calitatea de denunțător într-o cauză penală, este condiționată de continuarea urmăririi penale *in personam* în cauza în care acesta are calitatea de martor denunțător, condiție necesară, dar nu suficientă, instanța urmând a evalua întrunirea cumulativă a condițiilor de aplicare a textului.

În egală măsură, amintim că prin Decizia nr. 4 din 13 februarie 2020[48], Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, a stabilit că dispozițiile art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor nu reprezintă o cauză de micșorare a pedepsei în sensul art. 598 alin. (1) lit. d) din Codul de procedură penală, anulând posibilitatea obținerii acestui beneficiu pe calea contestației la executare.

Tocmai această jurisprudență neunitară a îngreunat posibilitatea obținerii acestui beneficiu și a lipsit de efecte dispozițiile art. 19 din Legea nr. 682/2002, iar pe cale de consecință, pentru a da posibilitatea inculpatului de a valorifica această cauză legală de reducere a pedepsei, apreciem că recursul în casație este singurul remediu procesual pe care îl mai are la dispoziție.

Odată tranșată de către Înalta Curte prin intermediul hotărârii prealabile a chestiunii de drept referitoare la faza procesuală necesară acordării beneficiul prevăzut de dispozițiile art. 19 din Legea nr. 682/2002, se permite o reevaluare a condițiilor necesare reținerii acestui beneficiu.

Considerăm că, în acest punct de analiză, se impune o deosebire a cauzelor în care inculpatul a solicitat în cursul procesului penal până la rămânerea definitivă a cauzei, de cele în care se solicită aceasta pentru prima dată direct în calea de atac a recursului în casație.

---

[47] Nepublicată, https://www.iccj.ro/2021/11/18/decizia-nr-79-din-18-noiembrie-2021-privind-aplicarea-beneficiului-dispozitiilor-art-19-din-legea-nr-682-2002-fata-de-inculpatul-care-are-calitatea-de-denuntator-intr-o-cauza-penală .

[48] Publicată în M.Of., Partea I, nr. 278 din 2 aprilie 2020.

Practica constantă a instanței supreme, în materia recursului în casație, s-a conturat în sensul că reținerea sau nereținerea cauzei legale de reducere a pedepsei prevăzută de art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor este o chestiune de apreciere a instanței de fond, respectiv de apel, aceasta fiind în măsură să stabilească dacă un inculpat a denunțat și a facilitat sau nu identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit infracțiuni. Reținerea cauzei legale de reducere a pedepsei prevăzute de art. 19 din Legea nr. 682/2002 face parte din procesul de individualizare judiciară a sancțiunii penale și ține exclusiv de aprecierea instanțelor de fond și apel, singurele în măsură să aplice, sub acest aspect, dispozițiile art. 19 din Legea nr. 682/2002[49].

Jurisprudența Înaltei Curți a mai arătat că reținerea sau nereținerea cauzei de reducere a pedepsei constituie o chestiune de evaluare a comportamentului inculpatului, iar aspectele care definesc o anumită conduită procesuală a inculpatului, atunci când aceasta poate avea consecințe în planul tratamentului sancționator, nu pot fi supuse controlului judiciar pe calea recursului în casație. În consecință, interpretarea și valorificarea datelor în funcție de care se stabilește dacă inculpatul beneficiază sau nu de cauza de reducere a pedepsei prevăzută de art. 19 din OUG nr. 43/2002 face parte din procesul de individualizare a sancțiunii penale și reprezintă o chestiune ce ține de temeinicia hotărârii[50].

Astfel cum s-a arătat, recursul în casație este calea procesuală pentru îndreptarea erorilor rezultate din încălcări ale limitelor de pedeapsă determinate de efectele unor stări ori circumstanțe de atenuare sau agravare a răspunderii penale.

Jurisprudența Înaltei Curți neagă posibilitatea aplicării stării ori circumstanței de atenuare sau agravare direct în calea recursului în casație, fără distincție după cum a făcut obiectul dezbaterii sau a fost străină cauzei.

Într-adevăr, aplicarea cauzei legale de reducere a pedepsei prevăzută de art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor este o chestiune de apreciere a instanței de fond, respectiv de apel, aceasta fiind în măsură să stabilească dacă un inculpat a denunțat și a facilitat sau nu identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit infracțiuni.

Însă, atât timp cât acest aspect determină stabilirea unei pedepse în alte limite legale, în condițiile unei practici neunitare referitoare la momentul la care se apreciază că denunțătorul a facilitat tragerea la răspundere penală a altor persoane, considerăm că poate fi analizat în cadrul recursului în casație.

Astfel, existența unei practici neunitare inclusiv la nivelul instanței supreme cu privire la momentul procesual necesar pentru a valida conduita beneficiarului denunțului și a genera incidența cauzei de reducere a pedepsei ori

[49] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 40/RC din 7 februarie 2019, Decizia nr. 92/RC din 14 martie 2019, Decizia nr. 166/RC din 10 mai 2019, www.scj.ro.

[50] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 219/RC din 09 iulie 2019, nepublicată.

lipsa unui remediu efectiv al inculpatului de a obține valorificarea beneficiului acestei cauze legale de reducere a pedepsei, creează premisele identificării unor remedii apte a înlătura aceste inechități și a conduce la o evoluție a jurisprudenței în materie.

Opinăm în sensul că recursul în casație permite instanței de control judiciar să analizeze aplicarea corectă a acestor aspecte de drept și să aprecieze asupra corectei rețineri a cauzei legale de reducere a pedepsei și, implicit, a legalei aplicări a pedepsei.

Este adevărat că pct. 12 al art. 438 din Codul de procedură penală se referă la pedepse în alte limite decât cele prevăzute de lege, însă acest motiv de casare nu trebuie analizat în mod abstract și restrictiv, ci coroborat și cu alte texte de lege, în raport de care apreciem că nereținerea dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 682/2002 poate constitui un caz de nelegalitate ce trebuie înlăturat prin desființarea hotărârilor penale pronunțate cu încălcarea legii.

De altfel, soluțiile ce pot fi pronunțate în cazul judecării recursului în casație vizează și înlăturarea greșitei aplicări a legii. Este dificil a justifica cum poate primi un inculpat beneficiul cauzei legale de reducere a pedepsei, iar altuia într-o situație identică să îi fie refuzat acest beneficiu, totul depinzând fie de hazard (celeritatea organelor de urmărire penală în tragerea la răspundere penală a persoanei denunțate), fie de interpretarea dată de instanțe cu privire la momentul la care se apreciază că este îndeplinită condiția referitoare la tragerea la răspundere penală a persoanelor denunțate.

A considera că prin prisma cazului de casare prevăzut de pct. 12 al art. 438 din Codul de procedură penală se pot analiza exclusiv limitele de pedeapsă clamate ca fiind nelegale, iar nu și incidența cauzei legale de reducere a pedepsei cu toate consecințele ei, înseamnă a restrânge nejustificat sfera de aplicare a acestui caz de casare.

De altfel, instanța supremă s-a pronunțat într-o decizie de speță în acest sens, în opinie separată reținându-se că

> „*orice problematică ce a făcut obiectul dezbaterii și poate influența cuantumul pedepsei,* respectiv *orice stare, cauză ori circumstanță de atenuare ori agravare neaplicată, trebuie să poată fi reținută direct în recursul în casație. Ipoteza aplicării directe în recursul în casație, în cazul în care, deși antamată și evaluată, reținerea stării, cauzei ori circumstanței a fost respinsă de instanțele anterioare, nu este esențial diferită de ipoteza asumată de jurisprudență. Evaluarea va purta exact asupra acelorași limite și condiții ca în ipoteza stării, cauzei ori circumstanței deja valorificate și aplicate, respectiv asupra condițiilor (legale), asupra unor aspecte de drept, iar nu asupra elementelor de fapt specifice acuzației. Ca urmare, nu numai*

aplicarea normelor ori instituțiilor de drept penal cu efectele aferente, ci și excluderea aplicării ar trebui evaluate în acest caz de casare"[51].

În egală măsură, într-o altă decizie, tot în opinie separată, instanța supremă a reținut posibilitatea evaluării cauzei de reducere a pedepsei prevăzute de art. 19 din Legea nr. 682/2002 în raport de motivul reținut de instanța de apel pentru a exclude acest beneficiu, respectiv faptul că inculpații nu aveau calitatea de martori în cauzele în raport de care au invocat incidența art. 19, fiind doar denunțători.

În acest sens, Înalta Curte a reținut că,

„*instanța de apel a adăugat condițiilor prevăzute de lege o împrejurare suplimentară, încălcând principiul ubi lex non distinguit nec nos dinstinguere debemus.*

Termenul de martor, explicitat în art. 2 lit. a) pct. 1, este persoana care are calitatea de martor potrivit Codului de procedură penală, și prin declarațiile sale furnizează informații și date cu caracter determinant în aflarea adevărului cu privire la infracțiuni grave sau care contribuie la prevenirea producerii ori la recuperarea unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni.

Conform art. 114 din Codul de procedură penală, poate fi audiată în calitate de martor orice persoană care are cunoștință despre fapte sau împrejurări de fapt care constituie probă în cauza penală.

Totodată, persoana care are calitatea de martor, potrivit Codului de procedură penală, trebuie privită și din perspectiva Convenției, Curtea europeană a drepturilor omului subliniind faptul că termenul „martor" are un sens „autonom" (Hotărârea Vidal împotriva Belgiei din 22 aprilie 1992 și Lucà împotriva Italiei, nr. 33.354/96), independent de calificarea sa în norma națională. În jurisprudența europeană, s-a statuat că martorul reprezintă o persoană care dă o declarație ce poate servi ca temei pentru fundamentarea soluției, putând avea calitatea și de coinculpat (Hotărârea Ferrantelli și Santangelo împotriva Italiei din 7 august 1996).

În acest context, recurenții au calitatea de martori în sensul prevederilor art. 2 lit. a) pct. 1 din Legea 682/2002, noțiunea de martor având în viziunea CEDO atât o accepțiune restrânsă, cât și una lato sensu.

Or, efectele unei norme juridice nu pot fi limitate prin interpretare, dacă în cuprinsul său sau al altei prevederi legale care să o completeze, legiuitorul nu a prevăzut expres una sau mai multe excepții.

Rațiunea pentru care cauza de atenuare a pedepsei a fost introdusă este relevată în art. 2 lit. a) pct. 1 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor, iar rațiunea reducerii limitelor de pedeapsă ca efect al denunțării

[51] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 490/RC din 19 decembrie 2019, opinie separată, www.scj.ro.

persoanelor care au comis infracțiuni și al facilitării tragerii lor la răspundere penală este esențial legată de periculozitatea mai redusă a persoanei care, deși a comis o faptă penală, conștientizează importanța devoalării faptelor grave comise de alte persoane și le denunță organelor judiciare, contribuind activ la identificarea și tragerea lor la răspundere penală.

În speță, restrângerea aplicabilității cauzei legale de reducere a pedepsei prin inserarea unei condiții suplimentare, constând în dobândirea calității de martor în cauza în raport de care s-a invocat incidența art. 19 din Legea nr. 682/2002 contravine specificității normative a prevederilor legale precitate și a condus la aplicarea unei pedepse superioare limitei maxime prevăzute de lege pentru infracțiunea prev. de art. 16 alin. (1)din Legea nr. 194/2011[52]*."*

Astfel, apreciem că aplicarea cauzei legale de reducere a pedepsei prevăzute de art. 19 din Legea nr. 682/2002 nu este o chestiune de individualizare judiciară, nu este un criteriu pentru orientarea în intervalul de pedeapsă, ci determină un nou minim și maxim. Odată incidentă, cauza legală reduce limitele în care se va stabili pedeapsa.

Instanța de recurs va evalua numai aspectul îndeplinirii condițiilor necesare reținerii acestei cauze. Considerăm că evaluarea acestor condiții nu antamează elemente de fapt și nu presupune o reindividualizare judiciară.

Astfel, în cazul în care instanța de apel a respins cererea inculpatului de reținere a cauzei legale de reducere a pedepsei considerând că nu sunt întrunite condițiile impuse de lege pentru că față de persoana împotriva căreia s-a formulat denunțul nu s-a pus în mișcare acțiunea penală, nu a fost emis rechizitoriul ori nu a fost condamnată, recursul în casație formulat sub acest aspect poate fi valorificat.

Chiar dacă are în vedere situații diferite, concluzia este aceeași în situația în care cauza de reducere a pedepsei prevăzută de art. 19 din Legea nr. 682/2002 nu a făcut obiectul analizei instanței de apel.

Prin Decizia nr. 3/2018, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală[53], s-a stabilit, cu un caracter obligatoriu, că un participant la infracțiune poate beneficia de prevederile art. 19 din legea nr. 682/2002, dacă sunt îndeplinite, cumulativ, două condiții, respectiv formularea unui denunț împotriva altor persoane care au săvârșit infracțiuni și facilitarea identificării și tragerii la răspundere penală a persoanelor denunțate. Simplul denunț formulat de

[52] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 75/RC din 09 martie 2018, opinie separată, www.scj.ro.

[53] Publicată în M. Of., Partea I, nr. 423 din 17.05.2018.

persoana prevăzută la art. 2 lit. a) pct. 1 din Legea nr. 682/2002[54], neurmat de o atitudine activă de facilitare a identificării persoanelor denunțate și tragerii lor la răspundere penală, nu este suficient pentru valorificarea beneficiului consacrat de art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor, republicată. În considerentele deciziei precitate, s-a mai arătat că recunoașterea efectelor cauzei analizate reclamă intervenirea unei atitudini active a martorului, concretizată atât în denunțarea, cât și în facilitarea tragerii la răspundere penală a altor persoane, *cel mai târziu până la data judecării definitive a cauzei având ca obiect infracțiunea comisă de martorul însuși.*

Jurisprudența constantă a Înaltei Curți de Casație și Justiție a statuat că aplicarea prevederilor art. 19 din Legea nr. 682/2002 privind protecția martorilor poate fi invocată numai cu ocazia soluționării pe fond a cauzei[55].

În ipoteza în care martorul a formulat denunțul atunci când cauza sa se afla în calea de atac a apelului, denunțul conducând la facilitarea tragerii la răspundere penală a unei persoane și începerea urmăririi penale *in personam* a acesteia, fiind astfel îndeplinite condițiile impuse de lege, beneficiarul cauzei legale de reducere a pedepsei nu are la dispoziție decât o perioadă foarte scurtă de timp de a solicita acordarea acestui beneficiu, respectiv până la momentul pronunțării instanței de apel.

Este adevărat că solicitarea beneficiului de reducere legală a pedepsei până la data judecării definitive a cauzei având ca obiect infracțiunea comisă de martorul însuși este determinată de procesul de individualizare a pedepsei, însă impunerea unui termen până la care se poate invoca beneficiul acestei cauze de reducere a pedepsei lipsește de efecte textul legal, conducând la imposibilitatea aplicării beneficiului în cazul în care martorul denunță și facilitează tragerea la răspunderea penală a altor persoane înainte de finalizarea propriei cauze.

Însă, în condițiile unei jurisprudențe neunitare astfel relevate și a deciziei pronunțate în cadrul mecanismului de unificare a practicii de către instanța supremă, considerăm că aplicarea unei pedepse cu excluderea beneficiului prevăzut de art. 19 din Legea nr. 682/2002, deși inculpatul ar fi îndeplinit condițiile impuse de lege, poate fi evaluată prin prisma cazului de casare prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală.

Instanța de recurs va constata nelegalitatea pedepsei, dar aflându-se în imposibilitate de a aduce pedeapsa în matca de legalitate, va trimite cauza la

[54] Art. 2 lit. a) pct. 1 din Legea nr. 682/2002: „are calitatea de martor, potrivit Codului de procedură penală, și prin declarațiile sale furnizează informații și date cu caracter determinant în aflarea adevărului cu privire la infracțiuni grave sau care contribuie la prevenirea producerii ori la recuperarea unor prejudicii deosebite ce ar putea fi cauzate prin săvârșirea unor astfel de infracțiuni".

[55] Î.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 1478 din 7 martie 2006. Decizia nr. 1292 din 6 octombrie 2016, Decizia nr. 1375 din 1 noiembrie 2016, Decizia nr. 767 din 20 septembrie 2018, www.scj.ro.

instanța de apel pentru a stabili pedeapsa în raport de noile limite rezultate de incidența cauzei de reducere.

Așadar, jurisprudența neunitară evidențiată referitoare la momentul necesar validării conduitei beneficiarului denunțului, dă posibilitatea inculpatului de a solicita evaluarea incidenței acestei cauze de reducere a pedepsei direct în calea de atac a recursului în casație. Tocmai această interpretare neunitară poate determina inculpatul să nu solicite beneficiul decât la momentul la care organele de urmărire penală încep urmărirea penală *in personam* față de cel denunțat, chiar dacă acest moment ar fi posterior rămânerii definitive a propriei cauze.

Nici în acest caz instanța de recurs nu face o reindividualizare a pedepsei, ci evaluează condițiile necesare reținerii acestei cauze de reducere a pedepsei.

Având în vedere revirimentul jurisprudențial evidențiat anterior cu privire la pedepsele complementare și accesorii și la măsurile educative, considerăm că se impune o evoluție a jurisprudenței acordând posibilitatea invocării acordării acestui beneficiu prin intermediul recursului în casație celor care au facilitat tragerea la răspundere penală a altor persoane, indiferent dacă acest aspect a făcut sau nu obiectul dezbaterii în fața instanței de apel.

Un argument suplimentar în schimbarea jurisprudenței ar putea consta tocmai în rațiunea impunerii reducerii limitelor de pedeapsă ca efect al denunțării persoanelor care au comis infracțiuni și al facilitării tragerii lor la răspundere penală constând în periculozitatea mai redusă a persoanei care, deși a comis o faptă penală, conștientizează importanța devoalării faptelor grave comise de alte persoane și le denunță organelor judiciare, contribuind activ la identificarea și tragerea lor la răspundere penală.

Conștientizarea faptului că prin cooperarea și facilitarea tragerii la răspunderii penale a altor persoane poate beneficia de reducerea limitelor de pedeapsă, fără a depinde de hazard, de eficiența organelor de urmărire penală, de aspecte procedurale ori interpretări divergente a unor norme penale, va determina persoanele cercetate penal să adopte o atitudine corectă și să contribuie la tragerea la răspundere penală a altor persoane ce au săvârșit infracțiuni.

III.2. Confiscarea specială

O altă situație particulară o constituie posibilitatea instanței de recurs de a analiza prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală măsura de siguranță a confiscării speciale dispusă cu titlu definitiv de instanța de apel.

Analiza jurisprudenței de la nivelul instanței supreme conduce la concluzia că prin intermediul căii extraordinare a recursului în casație nu se poate realiza o evaluare a confiscării speciale.

În acest sens, într-o cauză, instanța supremă a reținut că

„susținerile recurentei în sensul analizării caracterului de sancțiune penală, în sens larg, a măsurii confiscării speciale și posibilitatea dispunerii ei numai față de persoana care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, exced verificărilor instanței de casație fiind elemente ce țin de aplicarea și interpretarea legii și asupra cărora instanța de control judiciar s-a pronunțat în considerentele deciziei[56]*."*

De asemenea, într-o decizie de speță s-a mai că reținut că *„aspectele privind aplicarea măsurii de siguranță a confiscării speciale, nu pot fi încadrate în cazul de casare prevăzut la pct. 12 al art. 438 alin. (1)din Codul de procedură penală, prin intermediul căruia se permite doar o verificare matematică a cuantumului pedepselor aplicate de instanțe cu pedepsele stabilite de textele legale, iar nu și o reanalizare a modului de stabilire a unor măsuri de siguranță, având în vedere că situația de fapt reținută de instanța de apel nu mai poate fi cenzurată în prezenta cale extraordinară de atac*[57]*."*

În egală măsură, într-o decizie recentă[58], Înalta Curte a reținut *„imposibilitatea examinării confiscării speciale pe calea recursului în casație analizând natura juridică a confiscării speciale și în ce măsură poate fi aceasta circumscrisă noțiunii de pedeapsă în accepțiunea Codului de procedură penală.*

Din perspectiva naturii juridice a confiscării speciale, Înalta Curte a reținut că aceasta este o sancțiune de drept penal și nu o sancțiune penală, care poate fi dispusă împotriva persoanelor care au săvârșit fapte prevăzute de legea penală, dar nu ca o consecință a răspunderii penale, luarea acestei măsuri nu depinde de gravitatea faptei săvârșite și nu are caracter punitiv, ci eminamente preventiv.

Calificarea naturii juridice a măsurii confiscării juridice rezultă în primul rând din faptul că normele juridice care o reglementează își au sediul materiei în cuprinsul Titlului IV – Capitolul II intitulat „Regimul măsurilor de siguranță" - art. 112 C. pen..

S-a mai arătat în jurisprudența CEDO, că aceasta este o măsură de siguranță care constituie o parte a unei politici de prevenire a infracțiunilor. În punerea în aplicare a unei astfel de politici, legiuitorul trebuie să dispună de o marjă largă de apreciere atât în ceea ce privește identificarea existenței unei probleme care afectează interesul public și care impune măsuri de control, cât și în ceea ce privește modul adecvat de a aplica astfel de măsuri. (*CEDO, Telbiș și Viziteu c. României din 26 iunie 2017).*

Măsura de siguranță a confiscării speciale, spre deosebire de confiscarea extinsă, nu este condiționată de soluția condamnării, astfel încât simpla săvârșire a unei fapte prevăzute de legea penală, va genera confiscarea specială. *(Decizia*

[56] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 509/RC din 23 noiembrie 2016, www.scj.ro.
[57] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 277/RC din 30 iunie 2016, www.scj.ro.
[58] I.C.C.J., Secția Penală, Decizia nr. 232/RC din 25 mai 2021, www.scj.ro.

nr. 10 din 8 aprilie 2019[59] *pronunțată de Înalta Curte, Completul pentru soluționarea recursurilor în interesul legii).*

În acest context, Înalta Curte a reținut că potrivit art. 107 alin. (2) și alin. 3 C. pen., măsurile de siguranță pot fi luate față de persoana care a comis o faptă prevăzută de legea penală și independent de aplicarea unei pedepse.

Astfel, în analiza susținerilor inculpatului în sensul că prin dispunerea măsurii confiscării speciale s-a aplicat o pedeapsă suplimentară, Înalta Curte a apreciat că acestea nu pot fi primite, având în vedere că atât potrivit art. 291 alin. (2) C. pen. (infracțiunea de trafic de influență), cât și art. 33 din Legea nr. 656/2002 (infracțiunea de spălare de bani) sunt aplicabile dispozițiile art. 112 alin. (1) lit. e) din Codul penal[60].

Analiza jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului relevă faptul că măsura confiscării poate fi asimilată pedepsei în anumite situații ce presupun o analiză a obiectului confiscării, puterea discreționară a judecătorului de fond de a lua în considerare gradul de vinovăție al făptuitorului și posibilitatea de constrângere la executare.

În acest sens, în *cauza G.I.E.M. S.r.l. și alții c. Italia*, Curtea a arătat că examinarea situației proprietăților confiscate a prezentat dubii referitoare la contribuția efectivă a confiscării lor.

S-a reținut că orice ingerință a dreptului la posesia nestingherită a bunurilor de către o persoană trebuia să țină cont de următoarele:

i) Trebuia să fie proporțională, după cum s-ar fi stabilit în lumina mai multor factori: posibilitatea de a adopta măsuri mai puțin restrictive, cum ar fi demolarea structurilor incompatibile cu reglementările relevante sau anularea planului de modificare; caracterul limitat sau nelimitat al sancțiunii (în funcție de afectarea terenurilor modificate sau nemodificate sau chiar a zonelor care aparțin terților); gradul culpei sau al neglijenței din partea reclamanților (sau raportul dintre conduita acestora și infracțiunea în discuție);

ii) Garanțiile procedurale, care îi acordau persoanei posibilitatea rezonabilă de a-și prezenta cauza și de a pune în discuție elementele relevante, în proceduri în contradictoriu care respectau principiul egalității armelor.

Aplicarea în mod automat a măsurii confiscării imputate nu se potrivea în mod clar cu aceste principii:

(i) ea nu le permitea tribunalelor să evalueze care instrumente fuseseră cele mai potrivite în legătură cu circumstanțele speciale ale cazului și, de o manieră mai generală, să cântărească scopul legitim în comparație cu drepturile celor afectați prin aplicarea sancțiunii;

[59] Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 472 din 11 iunie 2019.

[60] I.C.C.J., Secția penală, Decizia nr. 232/RC din 25 mai 2021, www.scj.ro.

ii) de vreme ce societăţile reclamante nu fuseseră părţi la procedurile în discuţie, nu au beneficiat de niciuna din garanţiile procedurale menţionate mai sus[61].

În *Hotărârea nr. 1002954/1994, Welch c. Regatului Unit,* instanţa de la Strasbourg a reţinut că punctul de plecare al oricărei aprecieri privind existenţa unei pedepse constă în a determina dacă măsura în chestiune este impusă ca urmare a unei condamnări pentru o "infracţiune". În această privinţă şi alte elemente pot fi considerate pertinente: natura şi scopul măsurii în cauză, calificarea sa conform dreptului intern, procedurile asociate adoptării şi executării sale, ca şi gravitatea acesteia. (...) următoarele elemente sunt indicii importante că ordonanţa de confiscare constituie o pedeapsă: ampla prezumţie legală potrivit căreia orice bun care trece prin mâinile delincventului în timpul unei perioade de şase ani este rezultatul traficului de stupefiante, cu excepţia cazului când cel interesat dovedeşte contrariul; faptul că ordonanţa de confiscare vizează produsul traficului de stupefiante şi nu se limitează la îmbogăţirea sau profitul efectiv; puterea discreţionară a judecătorului de fond de a lua în considerare, atunci când fixează suma ordonanţei, gradul de vinovăţie al acuzatului ca şi posibilitatea de constrângere a persoanei[62]. Având în vedere combinaţia de elemente represive, s-a apreciat că ordonanţa de confiscare se traduce într-o veritabilă pedeapsă, iar, în consecinţă, a existat încălcarea art. 7 parag. 1 din CEDO.

Aceasta a fost şi raţiunea pentru care într-o decizie de speţă[63], Înalta Curte a considerat că poate analiza măsura de siguranţă a confiscării speciale prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală.

Astfel, instanţa supremă a reţinut că, având în vedere că în jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului (cererea nr. 17440/90, cauza Welch c. Regatul Unit, 09.02.1995), măsura confiscării este asimilată unei „pedepse" în sensul art. 7 din Convenţie, apreciind că apărările recurenţilor sub acest aspect ar putea fi analizate prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 12 din Codul de procedură penală - „s-au aplicat pedepse în alte limite decât cele prevăzute de lege".

Reţinând această jurisprudenţă referitoare la importanţa bunului ce face obiectul confiscării, apreciem că, în funcţie de valoarea bunurilor confiscate, măsura de siguranţă a confiscării speciale poate fi asimilată unei pedepse în accepţiunea cazului de casare prevăzut de pct.12 al art.438 C. pr. pen. şi creează cadrul necesar evaluării prin prisma acestuia.

---

[61] CEDO, Cauza G.I.E.M. S.r.l. şi alţii c. Italia, Hotărârea din 28 iunie 2018, www.ier.gov.ro.

[62] CEDO, Cauza Welch c. Regatului Unit, Hotărârea din 9 februarie 1994, www.ier.gov.ro.

[63] I.C.C.J., Secţia penală, Decizia nr. 250/RC din 28 iulie 2020, www.scj.ro.

De altfel, doctrina recentă a arătat aceeași orientare, menționându-se că prin valoarea sau bunul vizat de măsura confiscării, aceasta tinde a deveni sancțiune. CEDO a arătat că impunerea măsurii confiscării poate fi considerată „pedeapsă", în sensul art. 7 din Convenție, chiar în absența derulării unui proces penal[64].

Față de aceste aspecte, considerăm că jurisprudența instanței de la Strasbourg poate sta la baza unui reviriment jurisprudențial al instanței supreme și poate permite instanței supreme să evalueze criticile referitoare la confiscarea specială prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1)pct 12 din Codul de procedură penală.

Concluzii

Interpretarea și aplicarea cazului de casație prevăzut de art. 438 alin. (1)pct. 12 din Codul de procedură penală, a cunoscut o evoluție jurisprudențială semnificativă de la momentul reglementării sale prin actualul Cod de procedură penală și până în prezent, iar ilustrarea practicii instanței supreme în această materie permite decelarea aspectelor ce se circumscriu acestui caz de casare și care pot face obiectul cenzurii pe calea extraordinară a recursului în casație, evoluția jurisprudenței conferind posibilitatea evaluării unor noi aspecte în cadrul acestei căi de atac.

Lipsa unui remediu procesual în vederea valorificării unor situații ce ar putea influența tratamentul sancționator stabilit, precum și practica neunitară în aplicarea anumitor instituții de drept, pot crea premisele unei evoluții jurisprudențiale în sensul lărgirii sferei de aplicare a acestui caz de casare.

Deși jurisprudența prezentată în cuprinsul cercetării noastre ar tinde la sublinierea unui rol „diversificator" al instanței supreme în aplicarea și interpretarea legii, totuși prerogativa constituțională a Înaltei Curți de unificator al practicii judiciare impune o evoluție firească a jurisprudenței ce poate determina o schimbare a viziunii asupra acestui caz de casare prin crearea cadrului legal de a obține remediul procesual în cazurile particulare anterior evidențiate.

Modificarea opticii Înaltei Curți cu privire la aplicabilitatea cazului de casare prevăzut de pct. 12 al art. 438 din Codul de procedură penală în cazul măsurilor educative ori pedepselor complementare și accesorii, apreciindu-se că acestea pot fi circumscrise noțiunii de pedeapsă în accepțiunea cazului de casare amintit, justifică pe deplin posibilitatea unui reviriment jurisprudențial cu privire și la incidența cauzei legale de reducere a pedepsei prevăzute de art. 19 din Legea nr. 682/2002 ori a măsurii de siguranță a confiscării speciale.

[64] F. Vasile în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F. Vasile, *Codul penal. Comentariu pe articole*, ed a 3-a, Editura C.H. Beck, București, 2020.

Referințe

G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *Codul penal. Comentariu pe articole*, ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2020;
N. Volonciu, A.S.Uzlău (coord.), *Codul de procedură penală, comentat*, ed. a 3-a, rev. și ad., Editura Hamangiu, Bucureşti, 2017;
M. Udroiu (coord.), *Codul de procedură penală- Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Editura C.H. Beck, Bucureşti, 2017
S. L. Macavei, „Cazul de recurs în casație prevăzut în art. 438 alin. (1) pct. 12 Cod procedură penală" [on-line]