

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

TIIN E JURIDICE

TOM LXI

Nr. II - 2015

EDITURA UNIVERSIT II “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IA I

COLEGIUL DE REDACŢIE

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

ISSN 1221-8464

CUPRINS

SEPTIMIU PANAINTE , Codul Muncii pică din nou la testul de proporționalitate. Presumpția de abuz – neconstituționalitatea art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul Muncii	5
AURICA PASCAR, OXANA KIRIIAK , Evoluția teoriei dreptului procesual civil și legislației procesual-civile în Ucraina	27
LUCIA IRINESCU , O nouă lege a adopției: o șansă în plus spre o familie fericită	35
MIRELA CARMEN DOBRILĂ , Evidențierea unor elemente de noutate din Noul Cod Civil român în materia contractelor și a succesiunilor	47
OLGA ANDREEA URDA , Consecințele încălcării prevederilor legale privind constituirea societăților reglementate de Legea nr. 31/1990	59
MARIE DUVALE KODJO GNINTEDEM , La liberté de choix de mode de vie	69
ADA POPESCU , Considerații privind legislația Uniunii Europene în domeniul achizițiilor publice	91
OLGA ANDREEA URDA , Garanțiile generale ale respectării dreptului la un proces echitabil. Dreptul la un tribunal independent și imparțial	103

TABLE OF CONTENTS

SEPTIMIU PANAINTE , Again, Labour Code does not pass proportionality test. The presumption of abuse – the unconstitutionality of art. 60 para. (1) g) of the Labour Code	5
AURICA PASCAR, OXANA KIRIAK , Evolution of theory of civil law procedure and of procedural-civil legislation in Ukraine	27
LUCIA IRINESCU , A new law of adoption: another chance towards a happy family	35
MIRELA CARMEN DOBRILĂ , Highlighting certain elements of novelty in the Romanian New Civil Code in the field of succession and contracts	47
OLGA ANDREEA URDA , Consequences of breaking the law on the establishment of companies governed by Law no. 31/1990.....	59
MARIE DUVALE KODJO GNINTEDEM , La liberté de choix de mode de vie	69
ADA POPESCU , Comments on public procurement legislation in the European Union	91
OLGA ANDREEA URDA , General guarantees of respecting the right to a fair trial. The right to an independent and impartial tribunal	103

**CODUL MUNCII PICĂ DIN NOU LA TESTUL DE
PROPORȚIONALITATE. PREZUMPTIA DE ABUZ –
NECONSTITUȚIONALITATEA ART. 60 ALIN. (1) LIT. G) DIN
CODUL MUNCII**

**AGAIN, LABOUR CODE DOES NOT PASS
PROPORTIONALITY TEST. THE PRESUMPTION OF ABUSE
– THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 60 PARA. (1) G)
OF THE LABOUR CODE**

SEPTIMIU PANAINTE¹

Rezumat: Studiul își propune să aducă în atenție o soluție adoptată recent de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 814 din 24 noiembrie 2015, respectiv neconstituționalitatea dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, și contextul în care această decizie a fost pronunțată. Curtea a procedat la aplicarea testului de proporționalitate constatând că dispozițiile criticate prezumă în mod absolut existența unei legături între motivul de concediere și activitatea sindicală. Reglementarea impunea angajatorului o sarcină excesivă și nerezonabilă fiind contrară dispozițiilor constituționale privind egalitatea în fața legii (art. 16), dreptul de proprietate privată (art. 44) și activitatea economică (art. 45). Textul criticat exprimă o prezumție de abuz săvârșit de către angajator împotriva liderului de sindicat în cazul în care s-ar dispune concedierea acestuia. Această prezumție de abuz nu este un caz singular.

Cuvinte cheie: încetarea contractului de muncă, concediere lider de sindicat, art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, principiul proporționalității, neconstituționalitate.

Abstract: The study aims to emphasize a solution recently adopted by the Constitutional Court – Decision no. 814 of November 24th, 2015 regarding the unconstitutionality of art.60 para.(1) g) of the Labour Code and to reveal the context in which the decision was pronounced. The Court applied the proportionality test noting that the provisions criticized presume a connection between the dismissal reason and union activity. The regulation enforces an unreasonable burden, contrary

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, email: panainte@uaic.ro

to the constitutional provisions of art. 16 – equality before the law, art. 44 – the right to private property and art. 45 – liberty of economic activity. The unconstitutional provisions express a presumption of abuse by the employer against the union leader in case of his dismissal. Unfortunately, this presumption of abuse is not an isolated case.

Keywords: union leader dismissal, art. 60 para. (1) g) of the Labour Code, the principle of proportionality, unconstitutionality.

1. Aspecte introductive

1. 1. Aplicarea principiului supremației Constituției în cadrul controlului de constituționalitate presupune adesea un proces complex de determinare a conținutului și sensului dreptului sau libertății fundamentale, respectiv a normei verificate.

Jurisprudența recentă² a Curții Constituționale conferă o anumită greutate principiului proporționalității³, inclusiv în materia drepturilor sociale⁴. În mod deosebit indicăm Decizia nr. 279/2015⁵ prin care Curtea, aplicând testul de proporționalitate, s-a pronunțat în sensul

² A se vedea, spre exemplu: Decizia nr. 266 din 21 mai 2013, publicată în M. Of., Partea I, nr. 443 din 19 iulie 2013; Decizia nr. 270 din 7 mai 2014, publicată în M. Of., Partea I, nr. 554 din 28 iulie 2014; Decizia nr. 390 din 2 iulie 2014, publicată în M. Of., Partea I, nr. 532 din 17 iulie 2014; Decizia nr. 618 din 4 noiembrie 2014, publicată în M. Of., Partea I, nr. 75 din 28 ianuarie 2015; Decizia nr. 692 din 27 noiembrie 2014, publicată în M. Of., Partea I, nr. 88 din 2 februarie 2015; Decizia nr. 13 din 15 ianuarie 2015, publicată în M. Of., Partea I, nr. 175 din 13 martie 2015; Decizia nr. 253 din 7 aprilie 2015, publicată în M. Of., Partea I, nr. 428 din 16 iunie 2015.

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

⁴ *Exempli gratia*, poate fi amintită Decizia Curții Constituționale nr. 64 din 24 februarie 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 86 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței (publicată în M. Of., Partea I, nr. 286 din 28 aprilie 2015).

⁵ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 431 din 17 iunie 2015.

neconstituționalității dispozițiilor art. 52 alin. (1) lit. b) teza I din Codul muncii. Această decizie a avut și are un impact major în practica raporturilor de muncă și în plan jurisprudențial.

În acest context se impune a fi remarcată și Decizia Curții Constituționale nr. 814 din 24 noiembrie 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii⁶. După cum rezultă din cele ce urmează, soluția de admitere a excepției de neconstituționalitate este fundamentată, și în acest caz, pe aplicarea testului de proporționalitate.

1.2. Pe fondul specificității raporturilor de muncă, necesității protejării salariaților și garantării efective a drepturilor constituționale de care aceștia se bucură, este necesară stabilirea punctului de echilibru între drepturile angajatorului și cele ale salariatului.

La nivel general, trebuie amintită relația de subordonare pe care o presupune raportul de muncă. Este necontestat faptul că salariatul, pe de o parte, este dependent sub aspect financiar, economic, de angajator, și, pe de altă parte, se regăsește integrat într-o ierarhie funcțională care exprimă un raport de subordonare juridică. Garantarea dreptului la muncă impune protecția celui vulnerabil, o protecție de natură să preîntâmpine și să excludă orice manifestare de subiectivism, abuz sau arbitrar.

Prin art. 9 din constituție este relevat rolul primar al sindicatelor: contribuie la apărarea drepturilor și la promovarea intereselor profesionale, economice și sociale ale membrilor lor. Sunt avute în vedere atât dimensiunea jurisdicțională cât și dialogul social.

Totodată, art. 59 din Codul muncii instituie o regulă generală de protecție: este interzisă concedierea salariaților pe criterii care privesc apartenența ori activitatea sindicală și pentru exercitarea, în condițiile legii, a dreptului la grevă și a drepturilor sindicale.

Pe acest fond, protecția specială a liderilor de sindicat în materia concedierilor prezintă o importanță deosebită exprimând un punct de confluență între protecția generală a salariaților, inclusiv la concediere, și garantarea activităților sindicale desfășurate în scopul predeterminat normativ.

În același timp, importanța drepturilor și intereselor angajatorului nu trebuie diminuată și nu se poate neglija faptul că, în general, de activitatea

⁶ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 950 din 22 decembrie 2015.

economică desfășurată de acesta depinde existența și, uneori, calitatea raporturilor de muncă.

Acestea sunt premisele aplicării de către Curtea Constituțională a testului de proporționalitate cu privire la art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii.

2. Reglementări relevante

2.1. Reglementări interne. Art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii⁷, vizat de excepția de neconstituționalitate, are următorul cuprins: „(1) *Concedierea salariaților nu poate fi dispusă: [...] g) pe durata exercitării unei funcții eligibile într-un organism sindical, cu excepția situației în care concedierea este dispusă pentru o abatere disciplinară gravă sau pentru abateri disciplinare repetate, săvârșite de către acel salariat*”.

În completare, pentru delimitarea clară a efectelor textului analizat, trebuie menționate și dispozițiile art. 60 alin. (2): „*Prevederile alin. (1) nu se aplică în cazul concedierii pentru motive ce intervin ca urmare a reorganizării judiciare, a falimentului sau a dizolvării angajatorului, în condițiile legii*”.

Protecția membrilor organelor de conducere alese ale organizațiilor sindicale beneficiază însă de un cadru legal mai amplu. Astfel, relevante sunt și alte reglementări interne:

➤ art. 220 alin. (2) din Codul muncii: „*Pe toată durata exercitării mandatului, reprezentanții aleși în organele de conducere ale sindicatelor nu pot fi concediați pentru motive ce țin de îndeplinirea mandatului pe care l-au primit de la salariații din unitate*”⁸;

➤ art. 9 din Legea dialogului social nr. 62/2011⁹: „*Membrilor organelor de conducere alese ale organizațiilor sindicale li se asigură*

⁷ Anterior republicării Codul muncii, în M. Of., Partea I, nr. 345 din 18 mai 2011, conținutul art. 60 alin. (1) lit. g) era regăsit, identic, în art. 60 alin. (1) lit. h).

⁸ Anterior republicării Codului muncii, art. 223 alin. (2) prevedea că „*Pe toată durata exercitării mandatului, precum și pe o perioadă de 2 ani de la încetarea acestuia reprezentanții aleși în organele de conducere ale sindicatelor nu pot fi concediați pentru motive care nu țin de persoana salariatului, pentru necorespondere profesională sau pentru motive ce țin de îndeplinirea mandatului pe care l-au primit de la salariații din unitate*”.

⁹ Republicată în M. Of., Partea I, nr. 625 din 31 august 2012.

protecția legii contra oricăror forme de condiționare, constrângere sau limitare în exercitarea funcțiilor lor”;

➤ art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011: *„Sunt interzise modificarea și/sau desfacerea contractelor individuale de muncă ale membrilor organizațiilor sindicale pentru motive care privesc apartenența la sindicat și activitatea sindicală”¹⁰.*

2.2. Reglementări internaționale. În ceea ce privește reglementările internaționale, indicăm în primul rând, în acord și cu cele reținute de Curtea Constituțională, Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr. 135/1971 privind protecția reprezentanților lucrătorilor în întreprinderi și înlesnirile ce se acordă acestora¹¹.

Art.1 din această Convenție stipulează că: *„Reprezentanții lucrătorilor din întreprinderi trebuie să beneficieze de o protecție eficace împotriva oricăror măsuri care i-ar putea prejudicia, inclusiv desfacerea contractului de muncă, și care ar avea drept cauză calitatea sau activitățile lor de reprezentanți ai lucrătorilor, apartenența sindicală sau participarea la activități sindicale, în măsura în care acționează potrivit legilor, convențiilor colective sau altor aranjamente convenționale în vigoare”.*

De asemenea, art. 2 prevede că:

„1. În întreprinderi trebuie să se acorde înlesniri reprezentanților lucrătorilor, pentru a putea să-și îndeplinească repede și eficace funcțiile lor.

2. Din acest punct de vedere, trebuie să se țină seama de caracteristicile sistemului de relații profesionale aplicate în țara respectivă, precum și de nevoile, importanța și posibilitățile întreprinderii interesate.

¹⁰ Anterior, art. 10 alin. (1) și (2) din Legea sindicatelor nr. 54/2003 (abrogată prin Legea dialogului social nr. 62/2011) prevedeau următoarele: *„(1) În timpul mandatului și în termen de 2 ani de la încetarea mandatului, reprezentanților aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale nu li se poate modifica sau desface contractul individual de muncă pentru motive neimputabile lor, pe care legea le lasă la aprecierea celui care angajează, decât cu acordul scris al organului colectiv de conducere ales al organizației sindicale. (2) Sunt interzise modificarea și/sau desfacerea contractelor individuale de muncă, atât ale reprezentanților aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale, cât și ale membrilor acestora, din inițiativa angajatorului, pentru motive care privesc activitatea sindicală.”*

¹¹ Ratificată de România prin Decretul nr. 83/1975 și publicată în B. Of. nr. 86 din 2 august 1975.

3. *Acordarea înlesnirilor nu trebuie să împiedice buna funcționare a întreprinderii interesate.*”

Un alt reper din activitatea O.I.M. în materie îl constituie Convenția neratificată de România nr. 158/1982 asupra încetării relațiilor de muncă la inițiativa angajatorului, însoțită de Recomandarea nr. 166/1982¹².

Un alt document internațional de referință care prezintă interes în problema analizată este Carta Socială Europeană (revizuită) din 1996¹³. Conform art. 28 alin. (2) lit. a) din aceasta, reprezentanții lucrătorilor trebuie să beneficieze de o protecție efectivă împotriva concedierii care ar fi motivată de calitatea sau activitățile acestora ca reprezentanți ai lucrătorilor din întreprindere și să beneficieze de facilități adecvate care să le permită să își îndeplinească rapid și eficient propriile atribuții.

Totodată, trebuie să avem în vedere și art.7 din Directiva 2002/14/CE de stabilire a unui cadru general de informare și consultare a lucrătorilor din Comunitatea Europeană¹⁴: „*Statele membre se asigură că reprezentanții salariaților, în exercițiul funcțiunii, beneficiază de protecție și garanții suficiente pentru a le permite să își îndeplinească corespunzător obligațiile care le-au fost încredințate*”¹⁵.

¹² Prin art. 4 din această Convenție se afirmă regula generală conform căreia raporturile de muncă ale unui lucrător nu pot înceta decât dacă există un motiv valabil legat de capacitatea sau conduita lucrătorului sau bazat pe cerințele operaționale ale angajatorului. Art.5 face referire specială la faptul că încetarea nu poate fi motivată de calitatea de membru al unui sindicat, de participarea la activități ale sindicatului ori de faptul de a îndeplini funcția sau de a acționa ori de a fi acționat în calitatea juridică de reprezentant al lucrătorilor.

¹³ Ratificată de România prin Legea nr. 74/1999, publicată în M. Of., Partea I, nr. 193 din 4 mai 1999.

¹⁴ Publicată în Jurnalul Oficial, seria L, nr. 80/2002.

¹⁵ Prin Hotărârea din 11 februarie 2010, în Cauza C — 405/08, *Ingeniørforeningen i Danmark împotriva DanskArbejdsgiverforening*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit, răspunzând unei întrebări preliminare, că art. 7 din Directiva 2002/14/CE trebuie interpretat în sensul că nu impune ca reprezentanților lucrătorilor să le fie acordată o protecție sporită împotriva concedierii, dar a precizat că orice măsură luată pentru transpunerea directivei, indiferent dacă este prevăzută de o lege sau de o convenție colectivă, trebuie să respecte limita minimă de protecție prevăzută la art. 7 din Directiva 2002/14/CE. S-a subliniat totodată, în cuprinsul considerentelor, că directiva face referire la un cadru general care stabilește cerințe minime, astfel că, „*în ceea ce privește măsurile de protecție și garanțiile care trebuie acordate în privința reprezentanților lucrătorilor, legiuitorul Uniunii a lăsat o largă libertate de apreciere statelor membre, sub rezerva obligației acestora din urmă de a garanta atingerea rezultatelor impuse de această directivă*”.

În ceea ce privește Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, aceasta prevede la art. 11 (*Libertatea de întrunire și de asociere*) următoarele:

“1. Orice persoană are dreptul la libertate de întrunire pașnică și la libertate de asociere, inclusiv a constitui cu alții sindicate și de a se afilia la sindicate pentru apărarea intereselor sale.

2. Exercițarea acestor drepturi nu poate face obiectul altor restrângeri decât cele prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea națională, siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, a moralei ori a drepturilor și a libertăților altora. Prezentul articol nu interzice ca restrângeri legale să fie impuse exercitării acestor drepturi de către membrii forțelor armate, ai poliției sau ai administrației de stat”¹⁶.

3. Contextul în care a fost pronunțată Decizia nr. 814 din 24 noiembrie 2015

3.1. Jurisprudența anterioară a Curții Constituționale

Deși nu a fost investită anterior cu analiza art. 60 alin. (1) lit. h) sau g) din Codul muncii, Curtea Constituțională s-a pronunțat, prin mai multe decizii, respingând excepțiile de neconstituționalitate invocate prin raportare la fostul art. 223 din Codul muncii¹⁷, atât în forma anterioară modificărilor

¹⁶ Trebuie menționat că, în viziunea Curții Europene a Drepturilor Omului, art. 11 par. 1 din Convenție prezintă libertatea sindicală ca o formă sau un aspect particular al libertății de asociere, iar această normă nu asigură membrilor sau liderilor de sindicat un anumit tratament din partea statelor. Ceea ce poate fi verificat de către Curte este dacă măsura concedierii afectează în mod substanțial dreptul de asociere sindicală, din perspectiva art. 11 par. 1 din Convenție, independent de existența unor măsuri de protecție în legislația internă și respectarea lor de către autoritățile statului pârât (în consecință, încălcarea unor astfel de garanții interne nu constituie în mod necesar o încălcare a art. 11 par. 1 din Convenție). În acest sens este și recenta Decizie din 6 octombrie 2015 de inadmisibilitate din cauza George Dumitrescu c. României (cererea nr. 57664/2008) privind concedierea unui angajat care ocupă o funcție de conducere eligibilă într-un sindicat (vicepreședinte), determinată de desființarea locului de muncă, și inexistența unei ingerințe care să afecteze în substanța sa dreptul la liberă asociere sindicală (disponibilă la: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158525>).

¹⁷ Art.223 alin. (2) din Codul muncii a fost modificat prin Legea nr. 40/2011, textul normativ fiind renumerotat, în urma republicării, devenind actualul art. 220 alin. (2).

intervenite prin Legea nr. 40/2011, cât și în forma ulterioară acestor modificări, și prin raportare la art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011¹⁸.

În esență, Curtea a considerat că art. 223 alin. (2) din Codul muncii stabilește măsurile de protecție pentru asigurarea condițiilor și climatului de securitate necesare îndeplinirii sarcinilor salariaților aleși în conducerea organizațiilor sindicale. Aceste măsuri opreau angajatorul să concedieze salariatul lider sindical deoarece încetarea contractului ar fi putut fi dispusă pentru împiedicarea îndeplinirii mandatului încredințat acestuia de ceilalți salariați, ca represalii pentru activitatea desfășurată de salariatul respectiv în calitatea sa specială sau pentru a intimida alți reprezentanți ai salariaților.

De asemenea, Curtea a reținut, în considerarea art. 16 din Constituție, că liderii sindicali se află într-o situație diferită de cea a celorlalți salariați, iar protecția lor legală este nu numai justificată, dar și necesară. Angajații cu funcții eligibile într-un organism sindical sunt în situații diferite față de ceilalți angajați, astfel încât tratamentul juridic aplicabil cu privire la concediere este justificat obiectiv. Măsura de protecție a mandatului exercitat de reprezentanții aleși în organele de conducere ale sindicatelor are caracterul unei garanții legale împotriva eventualelor acțiuni de constrângere, de șantaj sau de reprimare, de natură să împiedice exercitarea mandatului. Este evident că liderii sindicali nu și-ar putea îndeplini mandatul încredințat de salariați de a le apăra drepturile și de a promova interesele profesionale, economice și sociale ale acestora, dacă ar fi expuși unor represalii, amenințări sau șantajări din partea angajatorilor. Situația deosebită în care se află salariații membri ai organelor de conducere ale sindicatelor este determinată de atribuțiile lor în asigurarea îndeplinirii rolului sindicatelor, prevăzut în teza a doua a art. 9 din Constituție.

Dintr-o altă perspectivă, prin Decizia nr. 104 din 31 octombrie 1995, Curtea a mai stabilit că art. 11 din Legea nr. 54/1991 cu privire la sindicate

¹⁸ A se vedea deciziile Curții Constituționale: nr. 24/2003, publicată în M. Of., Partea I, nr. 72 din 5 februarie 2003, nr. 194/2005, publicată în M. Of., Partea I, nr. 468 din 2 iunie 2005, nr. 124/2007, publicată în M. Of., Partea I, nr. 213 din 29 martie 2007, nr. 245/2010, publicată în M. Of., Partea I, nr. 302 din 10 mai 2010, nr. 383/2011, publicată în M. Of., Partea I, nr. 281 din 21 aprilie 2011. Pentru textele aferente din perioada anterioară adoptării Codului muncii pot fi indicate deciziile Curții Constituționale prin care s-a respins excepția de neconstituționalitate a art. II din fosta Lege nr. 54/1991 cu privire la sindicate (deciziile nr. 104/1995, publicată în M. Of., Partea I, nr. 40 din 26 februarie 1996, nr. 100/2000, publicată în M. Of., Partea I, nr. 392 din 22 august 2000, și nr. 174/2000, publicată în M. Of., Partea I, nr. 534 din 30 octombrie 2000).

nu are semnificația unui privilegiu, ci a unei măsuri de protecție spre a se asigura egalitatea de tratament între sindicat, pe de o parte, și societatea comercială, pe de altă parte, ca părți în contractul colectiv de muncă. În lipsa unei asemenea măsuri de protecție, societatea comercială ar avea un puternic mijloc de presiune asupra reprezentantului sindicatului, care ar afecta poziția de egalitate a sindicatului față de societatea comercială, precum și îndeplinirea de către sindicat a rolului său constituțional.

3.2. Modul de interpretare și aplicare a art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii de către instanțele judecătorești

Cu privire la acest aspect arătăm că Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a fost sesizată de către Curtea de Apel București - Secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la următoarea chestiune de drept:

„Interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, raportate la dispozițiile art. 220 alin. (2) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, în sensul de a se stabili dacă:

- art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, reglementează o interdicție generală de concediere a persoanelor cu funcții eligibile într-un organism sindical, singurele excepții fiind cele prevăzute de textul de lege, respectiv concedierea pentru o abatere disciplinară gravă sau pentru abateri disciplinare repetate, săvârșite de către acel salariat, sau dacă art. 220 alin. (2) din Codul muncii, republicat, limitează interdicția concedierii doar pentru situațiile în care aceasta ar fi determinată de motive ce țin de îndeplinirea mandatului pe care reprezentanții aleși în organele de conducere ale sindicatelor l-au primit de la salariații unității;

- protecția oferită de art. 60 alin. (1) lit. g) și art. 220 alin. (2) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, angajaților cu funcții eligibile într-un organism sindical acoperă și ipoteza concedierilor pentru motive care nu țin de persoana salariaților, determinate de desființarea postului, în condițiile în care ambele texte, cu sferă diferită de aplicare, reglementează o interdicție de concediere în favoarea aceluiași persoane”.

Prin Decizia nr. 19/2015¹⁹ a fost respinsă, ca inadmisibilă, sesizarea formulată de Curtea de Apel București. Înalta Curte de Casație și Justiție a apreciat că „*mecanismul de unificare a practicii judiciare reglementat de prevederile art. 519 C. pr. civ. nu poate fi uzitat, atât timp cât legiuitorul a limitat, prin condițiile restrictive de admisibilitate analizate, rolul unificator al instituției juridice a hotărârii prealabile numai în privința chestiunilor de drept noi.*”

Cu toate că soluția a fost în sensul inadmisibilității sesizării, prezintă interes aspectele din decizia instanței supreme privitoare la modul divergent de interpretare și aplicare a dispozițiilor din Codul muncii analizate.

Astfel, într-o opinie s-a considerat că ambele articole se referă la o interdicție de concediere aplicabilă aceluiași persoane, dar dispozițiile art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, reglementează o interdicție cu aplicabilitate generală în ceea ce privește concedierea salariaților pe durata exercitării de către aceștia a unei funcții eligibile într-un organism sindical, excepțiile posibile fiind cele prevăzute expres și limitativ de textul de lege²⁰. Art. 220 alin. (2) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, interzice concedierea reprezentanților aleși și în organele de conducere ale sindicatelor, pe toată durata exercitării mandatului, doar pentru motive ce țin de îndeplinirea mandatului pe care l-au primit de la salariații din unitate, fără a se putea interpreta în sensul că această dispoziție restrânge sfera de aplicabilitate a art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, și nici că ar fi o normă specială în raport cu acest din urmă articol.

Într-o altă opinie, față de dispozițiile speciale ale art. 220 alin. (2) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, interdicția de concediere pe durata exercitării unei funcții eligibile într-un organism sindical se aplică doar pentru motive ce țin de îndeplinirea mandatului pe care reprezentanții aleși în organele de conducere ale sindicatelor l-au primit de la salariații din unitate.

Examenul jurisprudențial în materie efectuat de Înalta Curte de Casație și Justiție relevă faptul că, în proporție considerabilă, opinia

¹⁹ Publicată în M. Of., Partea I, nr. 776 din 19 octombrie 2015.

²⁰ Situațiile de excepție se referă la concedierea disciplinară, dar și la cele reglementate de alin. (2) al art. 60 din Codul muncii.

majoritară a instanțelor este în sensul că art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, instituie interdicția concedierii salariatului care îndeplinește o funcție eligibilă într-un organism sindical, singurele excepții posibile fiind cele prevăzute expres și limitativ: concedierea disciplinară și cazurile reglementate de art. 60 alin. (2) din Codul muncii.

Într-o opinie minoritară, instanțele judecătorești au apreciat, din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) și art. 220 alin. (2) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, că protecția salariaților care exercită o funcție eligibilă într-un organism sindical împotriva concedierii a fost restrânsă și vizează numai interdicția concedierii acestora pentru motive care țin de îndeplinirea mandatului lor, art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, republicat, cu modificările și completările ulterioare, fiind abrogat implicit prin noua redactare a art. 220 alin. (2) din același act normativ.

4. Considerentele Deciziei nr. 814/2015.

4.1. În motivarea soluției pronunțate, față și de jurisprudența anterioară, Curtea a reținut, în principal, următoarele:

“26. Analizând dispozițiile art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, Curtea reține, însă, că acestea reglementează o interdicție absolută, generală, de concediere a persoanelor cu funcții eligibile într-un organism sindical, atât pentru motive care țin de persoana salariatului, cât și pentru motive care nu țin de persoana acestuia, singurele excepții fiind concedierea pentru o abatere disciplinară gravă sau pentru abateri disciplinare repetate și concedierea pentru motive ce intervin ca urmare a reorganizării judiciare, a falimentului sau a dizolvării angajatorului. Potrivit textului de lege criticat, persoanele cu funcții eligibile într-un organism sindical nu pot fi concediate nici pentru celelalte motive care țin de persoana salariatului, prevăzute de art. 61 din Codul muncii [și anume lit. b) — „în cazul în care salariatul este arestat preventiv sau arestat la domiciliu pentru o perioadă mai mare de 30 de zile, în condițiile Codului de procedură penală”; lit. c) — „în cazul în care, prin decizie a organelor competente de expertiză medicală, se constată inaptitudinea fizică și/sau psihică a salariatului, fapt ce nu permite acestuia să își îndeplinească atribuțiile corespunzătoare locului de muncă ocupat”; lit. d) — „în cazul în care salariatul nu corespunde profesional locului de muncă în care este încadrat”], nici pentru

motive care nu țin de persoana salariatului, prevăzute de art. 65 din Codul muncii (și anume „desființarea locului de muncă ocupat de salariat, din unul sau mai multe motive fără legătură cu persoana acestuia”). Așadar, Curtea constată că, indiferent dacă măsura concedierii are sau nu legătură cu activitatea sindicală desfășurată, concedierea angajaților cu funcții eligibile într-un organism sindical este interzisă. Totodată, Curtea constată, pe de-o parte, că dispozițiile de lege criticate prevăd că interdicția concedierii se aplică pe toată durata exercitării unei funcții eligibile într-un organism sindical, durată care nu este limitată, iar, pe de altă parte, că nu există nicio prevedere de lege care să precizeze categoriile de funcții eligibile care pot beneficia de această protecție, persoanele protejate fiind așadar hotărâte exclusiv de organismul sindical.

27. În aceste condiții, Curtea constată că textul de lege criticat nu distinge între situațiile în care concedierea pentru unul din motivele prevăzute de art. 61 și 65 din Codul muncii ar avea legătură cu activitatea sindicală și situațiile în care nu există această legătură, doar în aceste din urmă situații concedierea pentru unul din motivele de la art. 61 și 65 putând fi justificată. Astfel, textul de lege criticat instituie o prezumție absolută a existenței legăturii între activitatea sindicală și unul din motivele de concediere prevăzute de art. 61 și 65 din Codul muncii. Or, protecția persoanelor alese în funcții de conducere ale organismului sindical trebuie să funcționeze exclusiv în raport cu activitatea sindicală efectiv desfășurată [astfel cum este prevăzută de art. 220 alin. (2) din Codul muncii], iar nu și în ceea ce privește activitatea profesională — de bază — a angajatului.

28. Cu privire la critica de neconstituționalitate raportată la art. 16 din Constituție, Curtea reține că, potrivit jurisprudenței sale, principiul egalității în fața legii presupune instituirea unui tratament egal pentru situații care, în funcție de scopul urmărit, nu sunt diferite. De aceea, el nu exclude, ci, dimpotrivă, presupune soluții diferite pentru situații diferite (A se vedea Decizia Plenului Curții Constituționale nr. 1 din 8 februarie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 69 din 16 martie 1994). Curtea constată că reglementarea motivelor expres și limitativ prevăzute de Codul muncii pentru încetarea raportului de muncă din inițiativa angajatorului reprezintă o garanție a tuturor salariaților pentru neîngrădirea dreptului la muncă, prevăzut de art. 41 din Constituție. Potrivit dispozițiilor de lege criticate, salariații care ocupă și o funcție eligibilă într-

un organism sindical nu pot fi concediați, beneficiind astfel de un tratament juridic diferit față de ceilalți salariați.

29. Curtea constată că, în situațiile în care motivele de concediere prevăzute de art. 61 și 65 din Codul muncii au legătură cu motivul ce privește îndeplinirea mandatului în cadrul organismului sindical, tratamentul juridic diferențiat al persoanelor ce ocupă funcții eligibile într-un organism sindical, prin reglementarea unor măsuri speciale și mai eficiente de apărare a stabilității raporturilor de muncă, instituit prin dispozițiile de lege criticate, este justificat în mod obiectiv și rezonabil, așa cum a reținut Curtea în jurisprudența sa constantă, menționată la paragraful 24.

30. Însă, în ipotezele în care nu există o legătură între activitatea sindicală și concedierea pentru unul dintre motivele prevăzute la art. 61 și 65 din Codul muncii, Curtea constată că instituirea tratamentului juridic diferit al persoanelor cu funcții eligibile într-un organism sindical, și anume interdicția de concediere a acestora, nu are o justificare obiectivă și rezonabilă, protecția acestor persoane trebuind să funcționeze exclusiv în raport cu activitatea sindicală efectiv desfășurată. Prin urmare, textul de lege criticat, interzicând concedierea salariaților cu funcții eligibile într-un organism sindical, în cazurile în care aceasta nu are legătură cu activitatea sindicală desfășurată, instituie un privilegiu al acestor persoane față de ceilalți salariați, sub aspectul garanțiilor pentru neîngrădirea dreptului la muncă, ceea ce contravine dispozițiilor art. 16 din Constituție.

31. Referitor la critica de neconstituționalitate raportată la dispozițiile art. 44 din Constituție, Curtea reține că prevederile de lege criticate obligă angajatorul la plata unei remunerații care să facă abstracție de situația concretă și obiectivă a salariatului care ocupă și o funcție eligibilă într-un organism sindical și care este, de exemplu, arestat preventiv sau arestat la domiciliu pe o perioadă mai mare de 30 zile sau față de care s-a constatat inaptitudinea fizică și/sau psihică, fapt ce nu permite acestuia să își îndeplinească atribuțiile corespunzătoare locului de muncă ocupat, sau față de care s-a constatat că nu corespunde profesional sau căruia i s-a desființat locul de muncă. Or, în lipsa muncii prestate, angajatorul nu poate fi obligat la plata unei remunerații care să facă abstracție de aceste situații concrete și obiective. În același sens s-a pronunțat Curtea și prin Decizia nr. 1. 276 din 12 octombrie 2010, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 746 din 9 noiembrie 2010, având ca obiect excepția de

neconstituționalitate a dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Legea sindicatelor nr. 54/2003 (potrivit căruia „Membrii aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale, care lucrează nemijlocit în unitate în calitate de salariați, au dreptul la reducerea programului lunar cu 3—5 zile pentru activități sindicale, fără afectarea drepturilor salariale”), prin care a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că textul de lege criticat afectează în esență sa dreptul de proprietate al angajatorului, ceea ce contravine art. 44 din Constituție, deoarece, „în lipsa muncii prestate, angajatorul nu poate fi obligat la plata unei remunerații care să facă abstracție de această situație concretă și obiectivă. ” Având în vedere acestea, și în cauza de față, Curtea constată că scopul reglementării, acela de a proteja activitatea sindicală, vine într-o evidentă coliziune cu interesele angajatorului, care este pus în situația de a suporta o sarcină excesivă, de natură a-i afecta esența dreptului de proprietate, și, în consecință, dispozițiile de lege criticate contravin prevederilor art. 44 din Constituție.

32. În continuare, Curtea reține că interzicerea absolută a concedierii, atât pentru motive care țin de persoana salariatului (și anume arestarea preventivă sau arestarea la domiciliu pentru o perioadă mai mare de 30 de zile, constatarea inaptitudinii fizice și/sau psihice a salariatului, fapt ce nu permite acestuia să își îndeplinească atribuțiile corespunzătoare locului de muncă ocupat; necorespunderea profesională cu locul de muncă în care este încadrat), cât și pentru motive care nu țin de persoana salariatului (și anume desființarea locului de muncă), îngreuește dreptul angajatorului de a-și organiza în plan intern activitatea, prin limitarea dreptului de a concedia — chiar și în condițiile stricte prevăzute de lege. Astfel, imposibilitatea absolută a angajatorului de a concedia persoanele care ocupă funcții eligibile într-un organism sindical (cu cele două excepții prevăzute de lege) reprezintă o limitare a activității economice, prin îngreudirea prerogativei angajatorului de a hotărî cu privire la organizarea activității sale în unitate, limitare evidentă, de exemplu, în cazul desființării locului de muncă. Potrivit art. 45 din Constituție, accesul liber al persoanei la o activitate economică și exercitarea acesteia în condițiile legii sunt garantate, iar legiuitorul are, astfel, posibilitatea de a stabili condițiile și limitele exercitării activității economice.

33. Potrivit jurisprudenței Curții Constituționale, concretizate, cu titlu de exemplu, prin Decizia nr. 266 din 21 mai 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 443 din 19 iulie 2013, și Decizia nr. 462

din 17 septembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 775 din 24 octombrie 2014, Curtea va analiza, prin prisma unui test de proporționalitate, dacă o astfel de limitare este justificată, dacă obiectivul urmărit califică scopul reglementării ca fiind unul legitim și dacă limitarea este rezonabilă în raport cu obiectivul urmărit și nu tinde la transformarea acestui drept în unul iluzoriu/teoretic. Conform principiului proporționalității, astfel cum a reținut Curtea prin Decizia nr. 662 din 11 noiembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 47 din 20 ianuarie 2015, paragraful 28, orice măsură luată trebuie să fie adecvată — capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară — indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și proporțională — justul echilibru între interesele concurente pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit.

34. Aplicând aceste considerente de principiu la speța de față, Curtea constată că limitarea activității economice a angajatorului, prin interdicția de a concedia persoanele care ocupă funcții eligibile într-un organism sindical, este justificată de interesul asigurării libertății sindicale prin protejarea acelor salariați care au rol de reprezentare, promovare și apărare a drepturilor și intereselor profesionale și economice ale salariaților, scopul reglementării prevăzute de art. 60 alin. (1) lit. g) fiind unul legitim. Măsura de limitare este adecvată, fiind capabilă să ducă la îndeplinirea scopului protejării activității sindicale și este necesară pentru îndeplinirea acestui scop. Însă, întrucât dispozițiile criticate prezumă absolut existența unei legături între motivul de concediere și activitatea sindicală, fără a lăsa posibilitatea angajatorului de a concedia salariatul care ocupă și o funcție eligibilă într-un organism sindical, pentru motive care nu țin de activitatea sindicală, această soluție legislativă impune angajatorului o sarcină nerezonabilă și excesivă în raport cu obiectivul care trebuie atins — protecția libertății sindicale, neexistând astfel un just echilibru între interesele concurente. Prin urmare, Curtea constată că soluția legislativă criticată nu este proporțională cu obiectivul urmărit prin limitarea activității economice a angajatorului.

35. Curtea reține că în același sens este și art. 2 pct. 3 din Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr. 135/1971, potrivit căruia acordarea unor înlesniri în favoarea membrilor aleși în organele de conducere ale sindicatelor nu trebuie să împiedice buna funcționare a unității. Or, interzicerea absolută a concedierii liderilor sindicali, indiferent

dacă măsura concedierii are sau nu legătură cu activitatea sindicală, poate să conducă la afectarea bunei desfășurări a activității angajatorului, fără de care nu s-ar mai justifica nici existența organismului sindical.

36. În același sens s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care, prin Hotărârea din 12 septembrie 2011, pronunțată în Cauza *Palomo Sánchez și alții împotriva Spaniei*, paragraful 27, a reținut că, dintr-o cercetare de drept comparat, reiese că există o convergență a sistemelor juridice între cele 35 de state membre examinate: acestea prevăd și organizează libertatea de exprimare și libertatea sindicală a salariaților, cel mai adesea prin prevederi constituționale sau, atunci când nu este cazul, prin norme legislative. Salariații care au responsabilități reprezentative beneficiază de o protecție sporită care le facilitează exercitarea mandatului. În toate statele, reglementarea, în vederea concilierii exercitării acestui drept cu drepturile și libertățile fundamentale ale altor persoane, stabilește norme care permit sancționarea unui abuz în exercitarea acestui drept. Prerogativele de care dispune angajatorul îi permit, în caz de necesitate, să exercite o acțiune disciplinară împotriva salariatului care a avut un comportament abuziv. Jurisprudența în materie este concordantă și se caracterizează printr-un demers de examinare sistematică a proporționalității dintre măsura concedierii și faptele care au determinat-o. Prin aceeași hotărâre, paragraful 29, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că „deținerea unei competențe disciplinare constituie una dintre prerogativele fundamentale ale oricărei persoane cu funcție de conducere, fie că este din sectorul privat sau din sectorul public. Aceasta are, în materie, o amplă marjă de apreciere care îi permite să pronunțe sancțiunea pe care o consideră cea mai potrivită pentru faptele imputate salariatului; gama de sancțiuni posibile include capacitatea de a se dispensa de persoana care a compromis grav interesele întreprinderii sau ale serviciului public. În paralel, competența de a concedia este însoțită de interdicția impusă persoanei cu funcție de conducere de a se dispensa de salariat pentru motive legate de sindicat. Greșeala sau motivul legitim pot justifica măsura concedierii. Primul concept se referă la un comportament specific, identificat. Cel de al doilea se referă la un comportament considerat în ansamblu.” La paragraful 30, instanța de contencios al drepturilor omului a reținut că „proporționalitatea măsurii concedierii în raport cu comportamentul salariatului stă la baza tuturor legislațiilor studiate.”

37. În concluzie, Curtea constată că dispozițiile de lege criticate, prin interzicerea de a concedia persoanele care ocupă funcții eligibile într-un organism sindical, în cazurile în care concedierea nu are legătură cu activitatea sindicală, contravin dispozițiilor constituționale ale art. 16 privind egalitatea în fața legii, ale art. 44 privind dreptul de proprietate privată și ale art. 45 privind activitatea economică.

38. În consecință, instanțele judecătorești, în cadrul analizării legalității deciziei de concediere a unui salariat care are și o funcție eligibilă într-un organism sindical, sunt cele care examinează dacă există vreo legătură între motivul de concediere avut în vedere (prevăzut la art. 61 — motive care țin de persoana salariatului sau art. 65 — motive care nu țin de persoana salariatului, din Codul muncii) și îndeplinirea mandatului pe care salariatul care ocupă o funcție eligibilă în cadrul organismului sindical l-a primit de la salariații din unitate, angajatorului revenindu-i, potrivit art. 272 din Codul muncii, sarcina de a dovedi legalitatea deciziei de concediere. În cazul în care se constată vreo legătură între motivul de concediere și activitatea de îndeplinire a mandatului pe care salariatul care ocupă o funcție eligibilă într-un organism sindical l-a primit de la salariații din unitate, decizia de concediere a acestuia este nelegală, în baza art. 220 alin. (2) din Codul muncii (...). ”

4.2. Din cele de mai sus rezultă, în sinteză, faptul că instanța constituțională a apreciat, din nou, că protecția de care beneficiază persoanele cu funcții eligibile într-un organism sindical, prevăzută de art. 220 alin. (2) din Codul muncii, este o protecție necesară, adecvată, eficace și care corespunde cerințelor constituționale și celor prevăzute de actele internaționale, instituită în scopul respectării libertății sindicale. Protecția legală a persoanelor cu funcții eligibile într-un organism sindical se impune și trebuie să funcționeze exclusiv în raport cu activitatea sindicală efectiv desfășurată, iar această protecție este asigurată de prevederile art. 220 alin. (2) din Codul muncii.

Situația este însă diferită în cazul dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii.

După cum rezultă din considerente, Curtea, în aplicarea testului de proporționalitate, în primul rând stabilește că scopul urmărit de legiuitor prin măsura criticată este unul legitim. În al doilea rând, instanța analizează condițiile subsecvente: caracterul adecvat (dacă măsura este capabilă în mod

obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului), caracterul necesar (dacă măsura este indispensabilă pentru îndeplinirea scopului) și caracterul proporțional propriu-zis, restrâns (dacă măsura exprimă un just echilibru între interesele concrete pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit).

Chiar dacă scopul este unul legitim, iar măsura apare a fi adecvată și necesară, nu există un echilibru just între drepturile în concurs deoarece dispozițiile criticate prezumă absolut existența unei legături între motivul de concediere și activitatea sindicală, fără a lăsa posibilitatea angajatorului de a concedia salariatul care ocupă și o funcție eligibilă într-un organism sindical, pentru motive care nu țin de activitatea sindicală. În aceste condiții, reglementarea impune angajatorului o sarcină excesivă și nerezonabilă în raport cu obiectivul care trebuie atins.

În ceea ce privește egalitatea în drepturi, de această dată, Curtea a apreciat că textul de lege criticat instituie un privilegiu în favoarea liderilor de sindicat față de ceilalți salariați, sub aspectul garanțiilor pentru neîngrădirea dreptului la muncă, ceea ce contravine dispozițiilor art. 16 din Constituție. În ipotezele în care nu există o legătură între activitatea sindicală și concediere, instituirea tratamentului juridic diferit al persoanelor cu funcții eligibile într-un organism sindical (prin interdicția de concediere a acestora) nu are o justificare obiectivă și rezonabilă.

5. Comentariu

5.1. Cu privire la interpretarea și aplicarea dispozițiilor din Codul muncii, observăm că textele referitoare la concedierea liderilor de sindicat sunt contradictorii²¹. Pe de o parte, art. 60 alin. (1) lit. g) exprimă o abordare formală și permite doar concedierea disciplinară a acestora, în baza art. 61 lit. a) din Codul muncii, interzicând orice alt fel de concediere, cu alt temei juridic. Pe de altă parte, art. 220 alin. (2) permite orice tip de concediere, inclusiv cea disciplinară, atât timp cât încetarea contractului nu are ca motiv intrinsec îndeplinirea mandatului.

Practic, art. 220 alin. (2) nu face decât să reitereze, în mod inutil, regula generală instituită de art. 59 din Codul muncii prin care este interzisă concedierea oricăror salariați (cu atât mai mult a liderilor de sindicat) pe

²¹ În acest sens, a se vedea și A. Țiclea, *Dispoziții legale contradictorii privind interdicția concedierii liderilor sindicali*, în RRDM, nr. 12/2015, pp. 17-21.

criterii care privesc apartenența ori activitatea sindicală și pentru exercitarea dreptului la grevă și a drepturilor sindicale. Din această perspectivă, Curtea Constituțională, deși investită doar cu aprecierea constituționalității art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii, ar fi trebuit să sublinieze și efectele art. 59 din același act normativ.

5.2. Situația concedierii liderilor de sindicat presupune unele nuanțări și după constatarea neconstituționalității dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii.

Toate reglementările protective din dreptul intern relevante (art. 59 și art. 220 din Codul muncii, art. 9 și art. 10 alin. (1) din Legea nr. 62/2011) au ca premisă situația în care liderii de sindicat sunt (doar) salariați ai angajatorului, nu (și) ai sindicatului²².

Prin urmare, există două ipoteze de lucru:

a) liderul de sindicat este angajatul exclusiv al entității față de care își exercită, pe de o parte, atribuțiile specifice din domeniul de specialitate al postului și, pe de altă parte, atribuțiile derivate lege și din mandatul primit de la membrii de sindicat;

b) liderul de sindicat este salarizat de sindicat, în baza unui contract de muncă, iar în acest caz contractul de muncă încheiat cu angajatorul este suspendat de drept în baza art. 50 lit. e) din Codul muncii.

Prima ipoteză reclamă, ca atare, protecția specifică reglementată a liderilor de sindicat, analizată mai sus. În condițiile declarării neconstituționalității dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g), dacă nu a intervenit suspendarea contractului în baza art. 50 lit. e) din Codul muncii și concedierea nu este determinată de activitățile sindicale, aceasta poate interveni pentru oricare din temeiurile reglementate.

Cu privire la a doua ipoteză trebuie făcute mai multe observații.

Un prin aspect ține de faptul că, din punctul nostru de vedere, rațiunile pentru care legiuitorul nu a înțeles să permită cumulul de funcții sunt discutabile din moment ce salarizarea de către sindicat nu este obligatorie sau subînțeleasă odată dobândit mandatul de lider. Chiar dacă liderul poate

²² Potrivit art. 34 din Legea nr. 62/2011 membrii aleși în organele executive de conducere ale organizațiilor sindicale, personalul de specialitate și administrativ din aparatul acestora pot fi salariați din fondurile organizațiilor sindicale.

avea program redus conform art. 35 din Legea nr.62/2011²³, cazul de suspendare de drept de la art. 50 lit. e) din Codul muncii considerăm că ar fi mai potrivit să se regăsească între cazurile de suspendare din inițiativa salariatului, în acest caz liderul de sindicat fiind în măsură să aprecieze, în funcție de situația concretă și de relația cu angajatorul, dacă este expus unor presiuni sau potențiale măsuri abuzive (și se impune sau nu suspendarea contractului său de muncă).

Al doilea aspect privește faptul că, raportat la contractul de muncă încheiat cu sindicatul, o eventuală concediere ar putea fi dispusă de către acesta fără restricții, deci inclusiv pe temei disciplinar sau pentru exercitarea necorespunzătoare a activităților sindicale.

În al treilea rând, raportat la contractul de muncă inițial încheiat cu angajatorul și suspendat de drept, observăm că situația reglementată de art. 50 lit. e) din Codul muncii nu se regăsește și între cazurile în care este interzisă concedierea, reglementate de art. 60 din același cod²⁴.

Prin urmare, se poate pune problema dacă angajatorul inițial ar putea să dispună concedierea în timpul suspendării, pentru fapte sau aspecte anterioare (spre exemplu, abateri disciplinare grave) sau ulterioare (spre exemplu, desființarea postului) dobândirii calității de lider de sindicat/începerea mandatului.

Cu privire la această problemă considerăm că aprecierea legalității concedierii de către angajator în timpul suspendării de drept trebuie să se facă luând în considerare aplicabilitatea art. 49 alin. (6) din Codul muncii și prin raportare la fiecare caz de concediere în parte.

²³ Textul indicat se referă, în alin. (1), la faptul că membrii aleși în organele executive de conducere ale sindicatului care lucrează nemijlocit în unitate în calitate de angajați au dreptul la reducerea programului lunar de lucru cu un număr de zile destinate activității sindicale, negociate prin contractul sau acordul colectiv de munca la nivel de unitate, fără obligația angajatorului de a plăti drepturile salariale pentru aceste zile. În completare, alin. (3) prevede că modalitatea de desfășurare a activităților sindicale în timpul programului normal de lucru se stabilește de către părți prin contractul sau acordul colectiv de munca la nivel de unitate.

În condițiile în care reglementarea anterioară, respectiv art. 35 din Legea nr. 54/2003, stipula că reducerea programului nu poate fi de natură să afecteze drepturile salariale, cu atât mai mult, la acest moment, este o opțiune de urmat salarizarea de către sindicat, fie și în baza unui contract cu timp parțial.

²⁴ În orice caz, și art. 60 alin. (1) lit. g) reglementa exercitarea unei funcții eligibile într-un organism sindical, fără a distinge în funcție de intervenirea cazului de suspendare amintit.

5.3. Prin considerentele și efectele sale, Decizia nr. 814/2015 a Curții Constituționale pune punct modurilor diferite de interpretare regăsite în practica instanțelor judecătorești.

5.4. După cum s-a arătat²⁵, este de neconceput ca un salariat să nu poată fi concediat, de exemplu, pentru că este arestat preventiv sau pentru că este inapt fizic sau psihic, doar pe motivul calității sale de lider de sindicat.

Nu credem că este vorba de o simplă eroare a legiuitorului. După cum subliniază Curtea Constituțională, textul de lege criticat instituie o prezumție absolută a existenței legăturii între activitatea sindicală și concediere. Cu alte cuvinte interdicția reglementată de art. 60 alin. (1) lit. g) din Codul muncii era fundamentată, în mod inadmisibil, pe o prezumție de abuz săvârșit de către angajator împotriva liderului de sindicat în cazul în care s-ar dispune concedierea acestuia. O prezumție devenită irefragabilă prin reglementare, instituită ca și cum nu s-ar putea apela la cenzura instanțelor judecătorești competente să constate și să sancționeze abuzul angajatorului, atunci când acesta există.

Soluția legiuitorului dă măsura incapacității acestuia de a exprima, prin reglementare, un echilibru atât de necesar, iar soluția corectivă a Curții Constituționale este binevenită. Asigurarea protecției salariaților prin promovarea legislativă a prezumției de abuz din partea angajatorului este cel puțin inadecvată, dacă nu tributară unor concepții și politici care nu mai corespund nici cu realitatea socială și economică actuală și, se pare, nici cu normele constituționale.

Din păcate, cazul analizat nu apare a fi singular. Spre exemplu, fără a nega importanța și necesitatea protecției salariaților însărcinate în fața concedierii abuzive, pe temeiul sarcinii, sau necesitatea ca acestea să poată accesa sistemul de asigurări sociale dedicat, considerăm că modalitatea concretă de reglementare a acestei protecții prin dispozițiile art. 60 alin. (1) lit. c) din Codul muncii este inadecvată. Și această reglementare pornește de la o prezumție de abuz, suportă, în esența lor, criticile de neconstituționalitate aduse dispozițiilor art. 60 alin. (1) lit. g) și necesită aplicarea testului de proporționalitate impunându-se aceeași soluție în privința conformității cu legea supremă.

²⁵A. Țiclea, *op. cit.*, p. 21.

EVOLUȚIA TEORIEI DREPTULUI PROCESUAL CIVIL I
LEGISLAȚIEI PROCESUAL-CIVILE ÎN U RAINA

EVOLUTION OF THEORY OF CIVIL LAW PROCEDURE
AND OF PROCEDURAL-CIVIL LEGISLATION IN UKRAINE

AURICA PASCAR¹
OXANA KIRIIAK²

Rezumat: Modific rile semnificative a bazei legislative care au avut loc în Ucraina în ultimii ani, au condus la modific ri i în domeniul justiției, conceput pentru a fi un instrument de protecție eficace a drepturilor i libert ților cet ținilor. Adoptarea în 2004 a Codului de procedur civil a inițiat o nou etap în dezvoltarea procesului civil din U raina. Au fost formulate priorit țile i perspectivele evoluției procedurii civile, a fost modernizat procedura înf ptuirii justiției în cauzele civile, au fost introduse i reglementate unele proceduri inovatoare.

Cuvinte cheie: procedur civil , legislație procesual civil , Ucraina, justiție, sistem judiciar

Abstract: The adoption in 2004 of the Civil Code of Ukraine initiated a new stage in the development of the civil procedure in our country. The new priorities of civil proceedings were formulated and the modernization of justice in civil cases started that time. Every just, timely and impartial consideration of civil cases became impossible without comprehensive research and objective setting of all the factual circumstances of the issue. Therefore, the essential change of legislative basis that took place in Ukraine in recent years, is the most influenced modification in the field of justice, designed to be an effective protection instrument of violated, unrecognized or disputed rights and freedoms in civil procedure. In sum, the study of progressive international experience and its next adaptation is one of the common ways of evolutionary development of procedural law model.

¹ Aurica PascAR, conf. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Național din Cern uți Iurii Fedcovich, Ucraina.

² Oxana Kiriiak, conf. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Național din Cern uți Iurii Fedcovich, Ucraina.

Keywords: civil procedure, civil procedural legislature, Ukraine, justice, judicial system

Tendință stabilă de procesualizare a dreptului și legislației interne care în ultimul timp a dobândit caracteristicile universalității și complexității, a condus la creșterea ponderii normelor de procedură civilă și a procedurilor legale care specifică funcționarea algoritmului reglementării procedurale civile. Acest vector de dezvoltare și modernizare a legislației naționale în domeniul procedurii civile corespunde cerințelor democratice și standardelor dreptului internațional.

Procedura civilă din Ucraina în condițiile actuale necesită o extindere semnificativă a principiilor disponibilității și contradictorialității în administrarea justiției, în special: activarea competențelor procedurale civile ale părților, disponibilitate maximă a instanțelor pentru toți participanții la procedurile judiciare civile, realitatea posibilităților de depășire a erorilor judiciare, simplificarea procedurilor de examinare și soluționare a cauzelor civile etc. Convenim afirmației că principiile procedurale determină nu numai litera, dar și spiritul și conținutul legii, fapt care permite judecătorilor să combine rezonabil cele mai riguroase imperative cu fundațiile umanismului și echității. Aceste principii fundamentale conțin ideile juridice, sociale și umanitare și definesc tipologia activității judiciare, scopurile, obiectivele, conținutul și eficiența ei.³

Dreptul procesual civil este o ramură specifică de drept care ocupă un loc intermediar între dreptul privat și dreptul public, întrucât, pe de o parte, subiecții raporturilor procesuale civile, prin intermediul procedurii civile, realizează propriile interese private,⁴ pe de altă parte, această ramură de drept reglementează relațiile sociale în domeniul administrării justiției în cauzele civile de către instanțele judecătorești - organe abilitate ale sistemului judiciar, care protejează interesul public⁵. Altfel spus, pentru

³ B.N. Lapin, *O problemah reformirovaniya grazhdanskogo sudoproizvodstva v stranah SNG*, Zhurnal rossiyskogo prava, 9, 2000, s. 103-104.

⁴ Conform prevederilor art. 3 al Codului de procedură civilă din Ucraina, orice persoană are dreptul de apel la instanța de judecată pentru protecția drepturilor, libertăților și intereselor sale.

⁵ În conformitate cu art. 124 al Constituției Ucrainei, justiția în Ucraina este administrată exclusiv de către instanțele de judecată, delegarea funcțiilor lor către organele executivă este interzisă.

Principiile procedurii civile dominante sunt fundațiile private a dreptului procesual civil, în timp ce pentru instanța judecătorească – cele publice.

Sistemul instanțelor judecătorești de drept comun din Ucraina este organizat în conformitate cu principiile teritorialității, specializării și principiul instanțional (piramidal-ierarhic).⁶ Aceste principii definesc locația, statutul și competența teritorială a instanței. Astfel, principiul teritorialității prevede diferențierea competenței instanțelor judecătorești în conformitate cu localizarea teritorială și este cauzat de nevoia de asigurare a accesului liber la justiție în întreaga Ucraina.

Principiul specializării constă în crearea de instanțe judecătorești specializate pentru administrarea justiției civile, penale, administrative și economice.

Conform principiului instanțional (piramidal-ierarhic) organizarea sistemului judiciar asigură dreptul de a revizui decizia instanței inferioare de o instanță superioară.⁷

În esență, problema generală de transformare a sistemului judiciar, actualizat recent, prevede necesitatea de acordare subiecților procedurii civile unor garanții eficiente de realizare a dreptului la un proces echitabil.

Concomitent, este necesară optimizarea constantă a organizării sistemului de instanțe judecătorești de drept comun, în special în ceea ce privește reforma administrativ-teritorială inițiată în Ucraina. Această reformă implică modificarea structurii administrativ-teritoriale a Ucrainei. Actualul sistem judiciar în Ucraina este organizat conform structurii administrativ-teritoriale a Ucrainei. Modificarea acestei structuri, în consecință, va cauza schimbarea întregului sistem judiciar.

În mod evident, soluționarea echitabilă și imparțială a cauzelor civile este imposibilă fără cercetarea completă a cazului și stabilirea obiectivă a tuturor circumstanțelor de fapt ale cauzei, care vor fi extrapolate într-o decizie legală și justificată a litigiului. Garanție acestui fapt este, în special, respectarea principiilor disponibilității și contradictorialității procedurii civile.

⁶ Cap. 1, art. 17 al Legii Ucrainei cu privire la sistemul judiciar și statutul judecătorilor 2453-VI din 07.07.2010, actualizat 09.12.2015.

⁷ Decizia Curții Constituționale a Ucrainei cu privire la principiul instituțional al instanțelor de judecată de drept comun 9- /2011 din 12.07.2011.

Din punct de vedere istoric, principiul contradictorialității, în funcție de situația istorică, schimbările evolutive sau revoluționare în sferile socială și economică, a fost supus unor modificări. De exemplu, creșterea totalitarismului într-o anumită țară duce inevitabil la o creștere a rolului metodelor coercitiv-punitiv, care determină prevalența principiilor de investigare, control și închiziție în administrarea justiției. În schimb, competitivitatea – ca o expresie firească a soluționării echitabile și imparțiale a litigiilor civile, este realizată în întregime atunci, când valoarea cea mai înaltă în stat este persoana, drepturile și libertățile sale, fapt care, ca urmare, contribuie la dezvoltarea societății civile și dominarea democrației. Realizarea principiului contradictorialității în cadrul procedurii civile este una dintre cele mai importante probleme a teoriei dreptului procesual civil. Acest lucru se datorează faptului că, în curs de realizare practică a acestui principiu, apar unele întrebări și probleme legate de înțelegerea corectă a conținutului și respectarea lui riguroasă.

Dispozițiile Codului de procedură civilă din Ucraina, dezvoltând conținutul contradictorialității ca principiu de bază ale justiției civile, prin triada "autorizare – obligație – sprijin". Autorizarea presupune că părțile și alte persoane implicate în proces au drepturi egale cu privire la prezentarea dovezilor, cercetarea lor și atestarea în fața instanței a credibilității lor. Obligația constă în faptul că fiecare parte trebuie să dovedească împrejurările de fapt relevante în cauză la care se referă cererile sau obiecțiile sale. Sprijinul sau promovarea se manifestă prin faptul că instanța acordă sprijin părților în cunoașterea complexă și completă a cazului, explică persoanelor implicate drepturile și obligațiile lor procesuale, avertizează cu privire la consecințele comiterii sau non comiterii acțiunilor procesuale și contribuie la realizarea lor.

Autorizarea și obligația i-au parte direct în realizarea principiului contradictorialității. Anume între părți apare litigiul, pentru soluționarea căruia se face apel la instanța de judecată. Spre deosebire de părți, rolul judecătorului în realizarea principiului contradictorialității are caracter secundar. Prin urmare, reglementarea legislativă a conținutului acestui principiu în cadrul procedurii civile prevede o multitudine de subiecți, ca o condiție necesară pentru realizarea lui. Dispozițiile legislative nu sunt limitate la reglementarea doar a drepturilor și obligațiilor părților, ci implică

În cadrul procedurii civile toate acțiunile necesare în ceea ce privește colectarea și prezentarea probelor în fața instanței revin părților. Părțile și alte persoane implicate în proces atestă credibilitatea probelor prezentate în fața instanței, care, la rândul său, explică subiecților implicați, drepturile și obligațiile lor. Prin urmare, definirea esenței principiului contradictorialității presupune înțelegerea lui ca un dialog, reglementat de legislația procedural-civilă. Acest dialog apare între părțile litigiului care au interese contradictorii și care, pe parcursul procesului încearcă să soluționeze litigiul în favoarea lor, oferind instanței propriile argumente și dovezi. De fapt, prevederea și reglementarea legislativă a principiului contradictorialității, este cheia pentru o analiză completă și obiectivă, și ca urmare soluționarea corectă a cauzelor civile.

În același timp, în opinia noastră, declararea principiului contradictorialității în formă "pură" duce la denaturarea sa în practică. În particular, excluderea completă de către Codul de procedură civilă a dreptului instanței judecătorești de a iniția și efectua anumite acțiuni procesuale, inclusiv colectarea de probe, a cauzat prejudicii semnificative atât justiției, cât și unor grupuri vulnerabile de cetățeni, care fiind lipsiți de posibilitatea de prezentare a anumitelor probe, sunt incapabili să își apere în mod corespunzător drepturile lor. De exemplu, notificat în mod corespunzător cu privire la ora și locul ședinței de judecată, părțile nu au putut să apară în instanță și nu au avut posibilități obiective de a informa în prealabil despre această instanță de judecată. În astfel de situații, conform prevederilor legii și în lipsa obiecțiilor din partea reclamantului, instanța va judeca cazul în contumacie.⁹ Ca rezultat va fi pronunțată hotărârea judecătorească în contumacie, care va fi întemeiată doar pe informațiile și probele furnizate de reclamant. Această situație este cauzată de necesitatea de a asigura egalitatea formală a părților și responsabilitatea lor pentru abuzul de drept. Prin urmare, instanța de judecată se poate limita doar cu explicarea posibilităților părților și, în orice caz, nu comite acțiuni procedurale (chiar evidente) în locul părții absente. Circumstanțele care au

⁸ Art. 10 Codul de procedură civilă din Ucraina 1618-IV din 18.03.2004, actualizat 01/09/2015.

⁹ Art. 224, 169, 226, Codul de procedură civilă din Ucraina.

condus la lipsa pârâtului în cadrul ședinței în instanța de judecată pot avea caracter și temeuri diferite, inclusiv încercări nejustificate de prelungire a perioadei de examinare a cauzei.

În cele mai multe cazuri, scopul final al principiului contradictorialității în cadrul procedurii civile servește pentru dezvoltarea completă și cuprinzătoare a conținutului litigiului în fața instanței și este proiectat pentru a ajuta instanța să decidă în cauză. Prevăzută de conținutul acestui principiu, concurența părților cu interese contradictorii în fața instanței, permite adoptarea deciziei care să îndeplinească toate criteriile adevărului obiectiv. În schimb, nerespectarea cerințelor procedurii civile, refuzul comiterii anumitor acțiuni procesuale, incapacitatea colectării probelor – poate provoca imposibilitatea stabilirii circumstanțelor reale ale cauzei, iar adevărul stabilit de instanța de judecată nu va avea caracterul unui obiectiv, ci formal.

Obstacolele procesului de stabilire a adevărului obiectiv în cauză, menționate anterior, reprezintă consecințe inalienabile ale principiului contradictorialității procedurii civile. Eliminarea lor complet și definitiv din cadrul procedurii civile nu este posibilă. Acesta este motivul pentru care, deși principiul adevărului obiectiv nu este prevăzut în Codul de procedură civilă, el continuă să funcționeze concomitent cu celelalte principii în cadrul procesului civil.

Principiul disponibilității procedurii civile este un principiu general în teoria dreptului procesual civil. În conformitate cu dispozițiile lui, inițierea, desfășurarea, parcurgerea succesivă a etapelor procesului civil se desfășoară, în principal, sub influența persoanelor implicate în acest caz. Cu toate acestea, în cazul în care oportunitatea existenței principiului adevărului obiectiv este discutat în literatura de specialitate, necesitatea funcționării principiului disponibilității în dreptul procesual civil național nu este contestată. Influențând desfășurarea, dinamica a procedurii civile, acest principiu acționează la toate etapele procesului, ceea ce confirmă variabilitatea manifestărilor sale în cadrul procedurii civile. Concomitent, principiul disponibilității permite identificarea nivelului de democrație a societății moderne, este epicentrul disputelor diferitelor ideologii și stabilește balansul adecvat între interesele private și cele publice. În contextul acestor cercetări, disponibilitatea este vectorul procedural, care are o influență decisivă asupra funcționării întregului sistem judiciar în materie civilă. El

axează posibilitățile și perspectivele de dezvoltare a dreptului procesual civil.

Cu toate acestea, rolul principiului disponibilității în cadrul procedurii civile, nu este lipsit de ambiguitate. Una dintre principalele sale deficiențe este de a limita posibilitățile instanței de judecată de stabilire a tuturor circumstanțelor cazului. Acest fapt, în unele cazuri, poate duce la adoptarea unei decizii în mod deliberat ilicite, însă, care îndeplinește în mod formal, cerințele legii. Un alt punct controversat în reglementarea legislativă a principiului disponibilității procesului civil este faptul că principiile procedurii civile adesea sunt modelate ca urmare a unor generalizări logic-abstracte a dispozițiilor legislative. Însă, fiind chintesența procedurii civile, principiile nu pot avea caracter secundar față de alte dispoziții legislative. Conținutul normativ al legislației procesual-civile trebuie să se bazeze pe principiile acestei ramuri de drept. În caz contrar, ea va fi lipsită de coerență și uniformitatea internă.

Schimbarea esențială a priorităților, care a avut loc în Ucraina în ultimele decenii, a influențat și modificări în domeniul justiției, care a fost conceput pentru a fi un instrument eficient de protecție a drepturilor și libertăților violate, contestate sau nerecunoscute. Aderarea Ucrainei la comunitatea europeană prevede și perfecționarea standardelor justiției naționale în contextul celor internaționale și europene. Eficiența acestor transformări cardinale este condiționată de particularitățile naționale și tradițiile juridice din țara noastră, precum și experiența acumulată de alți țări în abordarea problemelor similare. Prin urmare, studiul experienței internaționale progresive și implementarea ei în legislația internă este una dintre cele mai comune modalități de dezvoltare evolutivă a dreptului procesual-civil național.

O NOUĂ LEGE A ADOPTIEI: O ȘANSĂ ÎN PLUS SPRE O FAMILIE
FERICITĂ (I)

A NEW LAW OF ADOPTION: ANOTHER CHANCE TOWARDS A
HAPPY FAMILY

LUCIA IRINESCU¹

Rezumat: Instituția adopției a fost reglementată din cele mai vechi timpuri. Dintotdeauna, adopția a fost privită ca o soluție de întregire a familiei, atât din perspectiva adoptatului, cât și din cea a adoptatorului. În contextul social actual, rolul adopției a căpătat o altă dimensiune, în sensul că numărul copiilor care așteaptă să fie adoptați a crescut semnificativ, proporțional cu numărul copiilor abandonați. Potrivit ultimelor statistici oficiale, 60.000 de copii se află în sistemul de protecție specială, așteptând să fie dați spre adopție sau să fie încredințați unei familii care dorește să îi crească. Toate acestea pentru că legislația în materia adopțiilor era mult prea anevoioasă.

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

Summary: The institution of adoption has been regulated since ancient times. The adoption was always seen as a solution to reunite the family, both in terms of the adoptee and the adopter. In the current social context, the role of adoption has taken another dimension, meaning that the number of children awaiting for adoption increased significantly, with the number of abandoned children. According to the latest official statistics, 60,000 children are in special care system, waiting to be put up for adoption or to be entrusted to a family that wants to grow. All these because the legislation regarding adoption was much more difficult.

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

1. Ce este adopția? O analiză succintă

Privită din perspectivă socială, adopția prezintă multiple avantaje pentru societate, în general, dar și pentru individ, în special. Pentru familia

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași, email: lirinescu@yahoo.com

adoptatoare, această instituție reprezintă calea spre definitivarea conceptului de familie, și anume acela de părinți-copii, în timp ce pentru adoptat constituie șansa de a crește într-un mediu familial. Intenția de a adopta se poate naște din mai multe motivații cum ar fi: nevoia afectivă de împlinire familială și personală, incapacitatea unui cuplu sau a unei persoane de a procrea, dorința de a oferi unui copil șansa să crească într-o familie. Adopția reușește să îmbine interesele adoptatorului cu cele ale adoptatului.

Principiile legale care stau la baza încuviințării adopției au menirea să garanteze că adopția este un parteneriat de tipul win-win pentru toți cei implicați. Ca urmare a încuviințării adopției, legăturile de filiație dintre părinții firești și adoptat încetează în favoarea ocrotirii copilului prin părinții adoptatori. Copilul va avea o nouă familie și, totodată, o nouă identitate: un nume nou, eventual un alt prenume, un nou certificat de naștere. În marea majoritate a cazurilor, copilul adoptat nici nu a avut ocazia să își cunoască părinții firești pentru că fie a fost abandonat, fie a fost încredințat spre adopție la vârste foarte mici etc. Principiul garantării confidențialității în ceea ce privește datele de identificare ale adoptatorului sau familiei adoptatoare, precum și în ceea ce privește identitatea părinților firești² asigură dreptul persoanelor adoptate să solicite și să obțină informații care atestă adopția, precum și informații cu caracter general vizând locul nașterii, traseul instituțional și istoricul personal care nu dezvăluie identitatea părinților firești/rudelor biologice. Dezvăluirea adopției poate fi făcută numai în cazul persoanelor care au dobândit capacitate deplină de exercițiu.

Privită din perspectivă juridică, adopția poate fi analizată pe trei coordonate: operațiune juridică, raport juridic și instituție juridică. Ca operațiune juridică, adopția presupune un ansamblu de proceduri legale, prin care ea se realizează. Ca raport juridic, reprezintă legătura de filiație care ia naștere între adoptat, pe de o parte, și adoptator și rudele acestuia, pe de altă parte, ca urmare a procedurilor legale necesare pentru definitivarea adopției. Ca instituție juridică, adopția cuprinde totalitatea normelor juridice referitoare la încheierea, efectele și încetarea ei³.

Scopul principal al adopției este axat pe interesele adoptatului.

² Art. 1 lit. f) din Legea nr. 273/2004 privind procedura adopției republicată în M. Of. nr. 259 din 19 aprilie 2012.

³ Pentru mai multe detalii, a se vedea L. Irinescu, *Curs de dreptul familiei*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 170-171; I. P. Filipescu, *Adopția și protecția copilului aflat în dificultate*, Ed. All, București, 1998, p. 42-49.

Principiul respectării interesului superior al copilului este avut în vedere în toate etapele adopției: de la instituirea adopției ca măsură de protecție prin planul individualizat de protecție, la identificarea celei mai potrivite familii, care să-i asigure o continuitate în creșterea și educarea copilului în funcție de originea sa etnică, culturală și lingvistică și până la desființarea adopției.

Procedura adopției instituită prin Legea nr. 273/2014 a fost deseori criticată prin prisma faptului că este nu oferă o anumită flexibilitate în privința adopțiilor interne și internaționale, în sensul că nu oferă o șansă fiecărui copil scos din familia firească sau abandonat să fie adoptat. Astfel, Autoritatea Națională pentru Protecția Drepturilor Copilului și Adopție a inițiat modificarea cadrului procedural privind adopțiile, care s-a concretizat prin elaborarea unui *Proiect de lege*. Aceste modificări legislative se încadrează și în strategia pe termen mediu și lung elaborată de țara noastră în colaborare cu UNICEF ca până în anul 2020 în România să nu mai existe copii în centrele de plasament și de a nu mai avea copii sub vârsta de 3 ani instituționalizați.

2. Condițiile de fond și condiții privind exprimarea consimțământului la adopție

Pentru a putea fi încuviințată adopția, trebuie îndeplinite o serie de condiții de valabilitate, care pot fi clasificate, potrivit literaturii de specialitate în condiții de fond și condiții de formă. Condițiile de fond pot fi grupate la rândul lor în condiții de fond pozitive care privesc pe adoptat, pe adoptator/familia adoptatoare și pe părinții firești ai celui adoptat, și condiții de fond negative (impedimente la adopție).

Condiții cu privire la persoana adoptatului. Potrivit art. 44 din Legea nr. 272/2004, orice copil care este, temporar sau definitiv, lipsit de ocrotirea părinților săi sau care, în vederea protejării intereselor sale, nu poate fi lăsat în grija acestora are dreptul la protecție alternativă. Potrivit noilor reglementări, planul individualizat de protecție poate să stabilească drept finalitate adopția internă dacă:

a) după instituirea măsurii de protecție specială a trecut un an și părinții firești ai copilului, în grija cărora acesta nu a putut fi lăsat din motive neimputabile părinților, precum și rudele până la gradul al patrulea ale acestuia, care au putut fi găsite, nu realizează niciun demers pentru reintegrarea sau integrarea copilului în familie;

b) după instituirea măsurii de protecție specială au trecut 6 luni și părinții firești ai copilului și rudele până la gradul al patrulea ale acestuia, care au putut fi găsite, nu colaborează cu autoritățile în vederea realizării demersurilor pentru reintegrarea sau integrarea copilului în familie;

c) după instituirea măsurii de protecție specială au trecut 6 luni și părinții și rudele copilului până la gradul al patrulea nu au putut fi găsite;

d) după instituirea măsurii de protecție specială, părinții și rudele copilului până la gradul al patrulea care au putut fi găsite, declară în scris că nu doresc să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului și în termen de 30 de zile nu au revenit asupra declarației. Direcția are obligația înregistrării acestor declarații, precum și a celor prin care părinții și rudele până la gradul al patrulea revin asupra declarațiilor inițiale;

e) copilul a fost înregistrat din părinți necunoscuți. În acest caz, adopția ca finalitate a planului individualizat de protecție se stabilește în maximum 30 de zile de la eliberarea certificatului de naștere al acestuia.

De asemenea, adopția poate fi propusă și în situația în care părinții și rudele copilului până la gradul al patrulea, care au putut fi găsite, deși nu doresc să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului, refuză să semneze declarația. În acest caz, direcția întocmește un proces-verbal în care se menționează aceste împrejurări și care se contrasemnează de secretarul/reprezentantul unității administrativ-teritoriale unde locuiesc, în fapt, părinții sau rudele.

Astfel, se introduce un termen fix de 6 luni în care părinții firești și rudele până la gradul al patrulea au posibilitatea să colaboreze cu autoritățile în vederea reintegrării copilului în familie. De asemenea, trebuie salută inițiativa legiuitorului de a da undă verde autorităților să se orienteze spre măsura adopției în ipoteza în care într-un termen de 6 luni după instituirea măsurii de protecție specială părinții și rudele copilului nu au fost găsite. Astfel, drumul copilului spre familia adoptatoare se scurtează, prin introducerea unor termene fixe. În același sens a fost redus și termenul în care părinții firești pot reveni asupra declarației prin care nu doresc să se ocupe de creșterea copilului de la 60 la 30 de zile. Tergiversarea intenționată a părinților firești prin refuzul nejustificat de a semna declarația din care să reiasă faptul că nu doresc să se ocupe de creșterea copilului poate fi stopată prin prisma noilor reglementări prin intervenția autorităților care pot propune adopția în aceste condiții.

În aceeași ordine de idei, copilul aflat în plasament la o rudă până la gradul al patrulea poate fi declarat adoptabil numai în situația în care managerul de caz apreciază că este în interesul copilului deschiderea procedurii adopției, renunțându-se astfel la termenul de 1 an care trebuia să curgă de la instituirea măsurii de protecție. Apreciem ca fiind oportună această intervenție legislativă, deoarece managerul de caz este singurul în măsură să constate dacă pentru un anumit copil măsura plasamentului s-a dovedit a fi sau nu cea mai bună soluție. Prelungirea măsurii plasamentului până la expirarea termenului de 1 în detrimentul adopției și cu sacrificarea interesului copilului, a posibilității de a beneficia de căldura unui familii adoptatoare nu a fost cea mai fiabilă soluție.

Trebuie să remarcăm faptul că scurtarea tuturor acestor termene conduce, în final, la celeritatea procesului de adopție.

Pentru copiii care au împlinit vârsta de 14 ani, legiuitorul propune o nouă abordare și anume planul individualizat de protecție poate avea ca finalitate adopția dacă există solicitări de adopție a acestora din partea unor familii/persoane atestate. Se renunță la acordul expres al copilului, deoarece, în realitate, este firesc ca un copil aflat într-un centru de plasament să își dorească să plece în sânul unei familii, însă nu voința lui exclusivă este suficientă pentru aceasta. În situația fraților care nu pot fi separați, dacă unul dintre ei a împlinit vârsta de 14 ani, planul individualizat de protecție poate avea ca finalitate adopția numai dacă există solicitări de adopție a acestora împreună din partea unor familii sau persoane atestate. Scopul acestor reglementări este de a-i menține pe frați împreună, dată fiind puternica legătură de afecțiune dintre ei, dar și de a păstra rudenii firească⁴.

Condiții cu privire la părinții firești. Părinții firești ai copilului sau, după caz, tutorele acestuia, trebuie să consimtă la adopție în mod liber și necondiționat. Ei trebuie să își exprime consimțământul în cunoștință de cauză, adică numai după ce li s-a explicat, într-un limbaj accesibil, consecințele exprimării consimțământului și asupra încetării legăturilor de rudenie ale copilului cu familia sa de origine, ca urmare a încuviințării adopției⁵. Obligația de a asigura consilierea și informarea înaintea exprimării

⁴ Pentru detalii, a se vedea T. Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 635.

⁵ În literatura juridică consimțământul informat este considerat o condiție de valabilitate. În acest sens, a se vedea B. D. Moloman, I. C. Ureche, *Noul Cod civil. Cartea a II-a. Despre familie. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 625.

consimțământului la adopție îi revine direcției în a cărei rază teritorială locuiesc în fapt părinții firești sau, după caz, tutorele, direcția realizând și un raport în acest sens. Raportul se comunică direcției de la domiciliul copilului, în termen de 15 zile lucrătoare de la solicitarea acesteia.

Consimțământul la adopție nu poate fi exprimat în locul părinților firești/tutorelui copilului de către curator, mandatar sau o altă persoană împuternicită în acest sens. În mod excepțional, în situația în care unul dintre părinții firești, deși au fost realizate demersuri suficiente, nu a putut fi găsit pentru exprimarea consimțământului, consimțământul celuilalt părinte este îndestulător. Când ambii părinți se află în această situație, adopția se poate încheia fără consimțământul lor. În această situație, direcția în a cărei rază teritorială domiciliază copilul are obligația întocmirii unui raport cu privire la îndeplinirea demersurilor pentru găsirea părinților firești. Raportul se anexează cererii de deschidere a procedurii adopției.

Ca o noutate, instanța poate încuviința luarea consimțământului la locuința părintelui fireesc printr-un judecător delegat în situațiile în care acesta este împiedicat să se prezinte în fața instanței din motive temeinice. Totodată, dacă părintele/părinții fireesc/firești locuiește/locuiesc în circumscripția altei instanțe, își pot exprima consimțământul prin comisie rogatorie.

Consimțământul părinților firești nu este necesar dacă adoptatul a dobândit capacitate deplină de exercițiu.

Consimțământul părinților firești sau, după caz, al tutorelui se dă în fața instanței judecătorești odată cu soluționarea cererii de deschidere a procedurii adopției. Potrivit art. 467 C. civ., în mod excepțional, instanța de tutelă poate trece peste refuzul nejustificat al părinților firești sau al tutorelui, după caz, de a consimți la adopție, dacă se dovedește, cu orice mijloc de probă, că acesta este abuziv și instanța apreciază că adopția este în interesul superior al copilului. În acest sens, va ține seama și de opinia copilului, iar instanța va motiva hotărârea în mod expres în această privință. Conform art. 8 alin. (2) din Legea nr. 273/2004, se poate considera refuz abuziv de a consimți la adopție și situația în care, deși legal citați, părinții firești sau, după caz, tutorele nu se prezintă la două termene consecutive fixate pentru exprimarea consimțământului. Se evită astfel tergiversarea procedurii judiciare a adopției pe perioade lungi de timp (chiar ani), întrucât dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 273/2004 lăsau la aprecierea fiecărui judecător în parte să aprecieze asupra caracterului abuziv sau nu care reieșea din

neprezentarea, în mod repetat, la mai multe termene de judecată⁶.

Nu poate fi adoptat copilul ai cărui părinți firești nu au împlinit 14 ani. Părintele minor care a împlinit 14 ani își exprimă consimțământul asistat de către ocrotitorul său legal. Se menține în mod justificat prevederea potrivit căreia părinții firești sau tutorele, după caz, își pot exprima consimțământul la adopție numai după trecerea unui termen de 60 de zile de la data nașterii copilului. Consimțământul poate fi revocat în 30 de zile de la data exprimării lui.

Condiții cu privire la adoptator. Conform art. 15 din Legea nr. 273/2004, consimțământul adoptatorului sau familiei adoptatoare se dă în fața instanței judecătorești odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției. În completarea acestor dispoziții legale, se introduce art. 15¹ potrivit căruia consimțământul adoptatorului sau familiei adoptatoare, precum și cel al adoptatului se exprimă în fața instanței judecătorești în cazul adopției persoanei care a dobândit capacitatea deplină de exercițiu. Pentru a fi valabil, consimțământul trebuie să provină de la o persoană cu discernământ, să fie personal, liber exprimat, neviciat și necondiționat. Consimțământul dat în considerarea promisiunii sau obținerii efective a unor foloase, indiferent de natura acestora, nu este valabil.

Dacă cel care dorește să adopte este căsătorit, este nevoie de exprimarea consimțământului și de către soțul acestuia. Două persoane de același sex nu pot adopta împreună. De asemenea, doi concubini nu pot adopta împreună.

Adoptatorul trebuie să fie cu cel puțin 18 ani mai în vârstă decât adoptatul. Potrivit art. 460 alin. (2) C. civ., pentru motive temeinice, instanța de tutelă poate încuviința adopția, chiar dacă diferența de vârstă este mai mică decât 18 ani, dar nu mai puțin de 16 ani. Temeinicia motivelor este lăsată la aprecierea instanței.

În privința impedimentelor legate de persoana adoptatorului, noile prevederi legale prevăd că persoana care a fost condamnată definitiv pentru

⁶ Imposibilitatea aducerii mamei, singurul părinte al copilului, în condițiile nestabilirii paternității, în fața instanței pentru a-și exprima poziția față de deschiderea procedurii adopției poate fi considerată ca un refuz abuziv. În cauză, instanța a stabilit că mama era plecată în Spania de 3 ani, iar procedura de citare prin afișare la ușa instanței și printr-un ziar răspândit nu a avut ca finalitate prezentarea ei în instanță. În acest sens, C.A. Cluj, s. I civ., dec. nr. 1532/R/2011, în G. C. Frențiu, *Dreptul familiei. Practică judiciară conform Noului Cod Civil. Jurisprudență C.E.D.O.*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 216-218.

o infracțiune contra persoanei sau contra familiei, săvârșită cu intenție, precum și pentru infracțiunea de pornografie infantilă și infracțiuni privind traficul de droguri sau precursori nu poate adopta.

Evaluarea adoptatorului sau a familiei adoptatoare în vederea obținerii atestatului. O persoană sau o familie care dorește să adopte este nevoită să obțină un atestat care să confirme faptul că este aptă să adopte. Atestatul se eliberează în urma unei evaluări. Persoana sau familia care solicită evaluarea în vederea eliberării atestatului formulează o cerere scrisă adresată direcției generale de asistență socială și protecția copilului în a cărei rază administrativ-teritorială domiciliază.

Conform art. 16 din Legea nr. 273/2004, evaluarea adoptatorului sau a familiei adoptatoare reprezintă procesul prin care se realizează identificarea abilităților parentale, se analizează îndeplinirea garanțiilor morale și a condițiilor materiale ale adoptatorului sau familiei adoptatoare, precum și pregătirea acestora pentru asumarea, în cunoștință de cauză, a rolului de părinte.

În cadrul procesului de evaluare se urmăresc, în principal, obținerea și interpretarea unor informații referitoare la istoria și funcționalitatea familiei, credințele, convingerile, obiectivele, atitudinile, realizările, deprinderile de viață, caracteristicile și resursele acesteia. Informațiile solicitate trebuie să fie relevante pentru aprecierea capacității adoptatorului/familiei adoptatoare de a răspunde în mod corespunzător nevoilor copilului adoptabil.

Procesul de evaluare a adoptatorului/familiei adoptatoare cuprinde următoarele etape:

- a) evaluarea socială, realizată de responsabilul de caz;
- b) evaluarea psihologică, realizată de psihologul desemnat ca membru al echipei de evaluare;
- c) pregătirea pentru asumarea în cunoștință de cauză a rolului de părinte.

Evaluarea se realizează pe baza solicitării adoptatorului sau familiei adoptatoare de către direcția de la domiciliul acestora sau de către organismele private autorizate să desfășoare activități în cadrul procedurii adopției interne. Organismele private autorizate să desfășoare activități în cadrul procedurii adopției interne au obligația de a încheia protocol de colaborare cu direcția în a cărei rază teritorială își desfășoară activitatea.

În situația în care solicitantul locuiește în fapt la adresa de reședință, evaluarea se realizează de către direcția în a cărei rază teritorială își are

stabilită reședința sau de către un organism privat autorizat să desfășoare activități în cadrul procedurii adopției interne. În situația în care soții familiei adoptatoare și-au stabilit domiciliu diferite, evaluarea se realizează de către direcția de la domiciliul soțului unde aceștia locuiesc în fapt sau de către un organism privat autorizat să desfășoare activități în cadrul procedurii adopției interne.

În cazul unui rezultat favorabil al evaluării, direcția în a cărei rază teritorială își are domiciliul adoptatorul sau familia adoptatoare, eliberează atestatul de persoană sau familie aptă să adopte, care se constituie ca anexă la dispoziția directorului general/executiv al direcției. În situația în care soții familiei adoptatoare și-au stabilit domiciliu diferite, atestatul se eliberează de către direcția de la domiciliul unuia dintre soți, în funcție de opțiunea acestora.

Pe parcursul procesului de evaluare, adoptatorul sau familia adoptatoare este obligată să colaboreze cu specialiștii care realizează evaluarea, refuzul acestora de a participa la toate etapele evaluării constituind motiv pentru formularea propunerii privind neacordarea atestatului. Rezultatele evaluării se consemnează într-un raport final de evaluare a capacității de a adopta a solicitantului, care conține și propunerea privind eliberarea sau neeliberarea atestatului. Raportul se întocmește în maximum 90 de zile de la depunerea cererii de evaluare și se comunică solicitantului. Se scurtează termenul de la 120 la 90 de zile. În cazul unui răspuns nefavorabil, adoptatorul sau familia adoptatoare poate formula contestație în termen de 5 zile de la comunicarea raportului. Contestația se depune și se înregistrează la direcția competentă să elibereze atestatul, aceasta având obligația ca, în termen de 5 zile lucrătoare de la înregistrarea contestației, să o transmită Autorității Naționale pentru Protecția Drepturilor Copilului și Adopție. Contestația se transmite însoțită de copia dosarului persoanei/familiei în cauză și se soluționează în termen de maxim 30 de zile de la înregistrare de către o comisie constituită prin Decizie a Președintelui Autorității Naționale pentru Protecția Drepturilor Copilului și Adopție – A.N.P.D.C.A. și alcătuită din reprezentanți ai A.N.P.D.C.A., ai Colegiului Național al Asistenților Sociali și ai Colegiului Psihologilor din România. Pentru a soluționa contestația, comisia va analiza documentația transmisă de direcție și va putea să solicite orice alte date/documente suplimentare relevante pentru soluționarea acesteia de la direcție, contestatar sau de la alte persoane fizice ori juridice.

Cu privire la valabilitatea atestatului, noile reglementări prevăd un termen de 2 ani. Valabilitatea acestui atestat se prelungește de drept până la încuviințarea adopției, în situații expres prevăzute de lege și anume:

- a) a fost introdusă pe rolul instanței judecătorești cererea de încuviințare a adopției copilului aflat în plasament de cel puțin un an;
- b) a fost introdusă pe rolul instanței judecătorești cererea de încredințare în vederea adopției;
- c) persoana/familia atestată are deja încredințați, în vederea adopției, unul sau mai mulți copii.

Pe durata de valabilitate a atestatului, adoptatorul sau familia adoptatoare are obligația de a informa direcția cu privire la orice schimbare intervenită în situația sa socio-psiho-medicală, anexând, după caz, acte doveditoare.

Atestatul va putea fi retras în următoarele situații:

- se constată faptul că persoana/familia adoptatoare a ascuns sau a furnizat informații false cu ocazia realizării evaluării sau pe durata de valabilitate a atestatului;
- se constată faptul că nu mai sunt îndeplinite condițiile în baza cărora a fost eliberat;
- se constată implicarea directă a persoanei/familiei atestate în identificarea unui copil potențial adoptabil; această dispoziție nu se aplică în situația în care se constată că persoana/familia atestată este rudă până la gradul al patrulea cu copilul;
- la propunerea Autorității Naționale pentru Protecția Drepturilor Copilului și Adopție, atunci când constată că eliberarea a fost în mod vădit netemeinică sau nelegală;
- la cererea motivată a persoanei sau familiei atestate.

Valabilitatea atestatului încetează de drept:

- ca urmare a expirării;
- ca urmare a modificării configurației familiei atestate, prin decesul unuia dintre membrii familiei sau prin divorț;
- în cazul căsătoriei sau decesului persoanei atestate;
- după încuviințarea adopției, odată cu rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de încuviințare a adopției, când atestatul și-a produs în integralitate efectele pentru care a fost eliberat.

Persoana/familia/asistentul maternal care are copilul în plasament și doresc să îl adopte trebuie să obțină un atestat. În situația stabilirii adopției

ca finalitate a planului individualizat de protecție, managerul de caz are obligația de a informa persoana/familia/asistentul maternal care are copilul în plasament cu privire la acest demers. Data la care a fost realizată informarea, precum și modalitatea concretă în care s-a realizat aceasta se consemnează într-un proces-verbal. Persoana/familia/asistentul maternal care are copilul în plasament de cel puțin 6 luni și care intenționează să-l adopte au obligația să depună cererea privind eliberarea atestatului în termen de maxim 30 de zile de la data semnării procesului verbal. Nedepunerea cererii în acest termen echivalează cu refuzul expres al acestor persoane de a adopta copilul pe care îl au în plasament și pierderea priorității în realizarea potrivirii cu copilul respectiv.

3. Concluzii

De la adoptarea Legii nr. 273/2004 privind procedura adopției și până în prezent, au apărut o serie de probleme cu privire la punerea în aplicare a legii. Toate aceste inadvertențe legislative au condus la reformularea unor prevederi legale, prin prisma ocrotirii interesului superior al copilului. Procedura anevoioasă, lacunele legislative care s-au transformat adesea în pârgșii pentru unii părinți/rude care deși nu doreau să se ocupe de copil, refuzau să semneze declarațiile care ar fi putut permite unui copil să devină adoptabil sau constituit, în toți acești ani, bariere în calea speranțelor atâtor copii care își doreau cel mai simplu și firesc lucru: să aibă o familie.

EVIDENȚIEREA UNOR ELEMENTE DE NOUȚATE
DIN NOUL COD CIVIL ROMÂN ÎN MATERIA
CONTRACTELOR I A SUCCESIUNILOR

HIGHLIGHTING CERTAIN ELEMENTS OF NOVELTY IN
THE ROMANIAN NEW CIVIL CODE IN THE FIELD OF
SUCCESSION AND CONTRACTS

MIRELA CARMEN DOBRIL ¹

Rezumat: În cadrul acestui articol se urm rește evidențierea unor modific ri din materia contractelor i din materia succesiunilor din Noul Cod civil român, în vigoare din anul 2011. Sunt punctate pe scurt aspectele de noutate, pentru a avea o viziune de ansamblu asupra modific rilor intervenite i pentru a permite realizarea unor corelații între Noul Cod civil român² i Codul civil anterior.

Cuvinte-cheie: Noul Cod civil român, Legea nr. 287/2009, modific ri, contracte, succesiuni, mo tenire, liberalit i

Abstract: This article aims to highlight some amendments in the matter of contracts and succession within the new Romanian Civil Code (Law no. 287/2009), which came into force in 2011. The novelty aspects are briefly presented in order to display an overview on the emerged amendments and to enable correlations between the New Romanian Civil Code and the Previous Civil Code.

Keywords: New Romanian Civil Code, Law no. 287/2015, elements of novelty, changes, contracts, succession, inheritance, liberalities.

1. Noul Cod Civil. Modific ri în materia contractelor

Noul Cod civil (N.C.Civ.) define te contractul ca fiind acordul de voin dintre dou sau mai multe persoane cu inten ia de a constitui,

¹ Asistent univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Ia i, email: mirela.dobri la@uaic.ro.

² Legea nr. 287/2009, publicat în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, republicat în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, în baza art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr 287/2009 (M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), cu modific ri i complet ri ulterioare;

modifica, transmite sau stinge un raport juridic (art. 1166). Noul Cod Civil reglementează în mod unitar materia contractelor, renunțând la dispoziții diferite pentru contractele civile și cele comerciale. În cazul contractelor nereglementate prin lege (nenumite) se aplică prevederile generale în materia contractului, iar dacă acestea nu sunt îndeplinite, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult (art. 1168)³.

Ca noutate este expres prevăzută obligația părților de a acționa cu bună credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale (art. 1170). Obligația de a acționa cu bună credință este reluată în art. 1183, fiind considerat contrar exigențelor buneii credințe conduita părții care inițiază sau continuă negocierile fără intenția de a încheia

³ Pentru evidențierea unor elemente de noutate din Noul Cod civil român în materia contractelor au fost avute în vedere următoarele materiale bibliografice, iar pentru detalii și dezvoltări facem trimitere la: Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, Ediția 2 revizuită, 2014 (partea specifică contractelor); G. Boroș, *Instituții de drept succesoral în reglementarea Noului Cod civil*, Editura Hamangiu, 2012; OL. Puie, *Contracte civile*, Editura Universul Juridic, București, 2014; R. Dincă, *Contracte civile speciale în Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2013; L. Stănculescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Editura a II-a, Editura Hamangiu, București, 2014; *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Colectiv de autori, Editura Hamangiu, București, 2012; Florin Moșiu, *Contractele speciale în noul Cod civil*, Editura a V-a, Editura Universul Juridic, București, 2014; A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A.F. Dobrescu et al., *Noul Cod civil: note, corelații, explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2011 (partea specifică contractelor); Uniunea Notarilor Publici din România, *Codul civil al României. Îndrumar notarial*, Editura Monitorul Oficial, București, 2011; D. Florescu, *Contractele civile*, Editura Universul Juridic, București, 2014; Consiliul Superior al Magistraturii, Institutul Național al Magistraturii, *Conferința Noul Cod civil: material realizat în cadrul Proiectului româno-elveian "Asistență pentru consolidarea capacității instituționale în domeniul formării judecătorilor și procurorilor pentru aplicarea noilor coduri"*, Editura Patru Ace, București, 2015; A.G. Nicolae, M. Uliescu, *Instituții de drept civil în Noul Cod civil. Manual pentru uzul formatorilor SNG*, București, 2010 (Proiect finanțat de Uniunea Europeană, FT 2007/19343.07.01.02.14); Ministerul Justiției, Amendamente propuse la Proiectul de Cod civil, decembrie 2008, <http://www.just.ro/Sections/Comunicate/Comunicatedecembrie2008/5decembrie2/tabid/957/Default.aspx>; F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001; D. Chiric, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Volumul I. Vânzarea și schimbul*, Editura C.H. Beck, București, 2008; I. Dogaru, V. Stănescu, M.M. Soraș, *Bazele dreptului civil. Volumul IV. Contracte speciale*, Editura CH Beck, București, 2009; C. Macovei, *Contracte civile*, Editura Hamangiu, București, 2006; S. Crăciunaru, L. Stănculescu, V. Nemeș, *Contracte civile și comerciale* (cu modificările aduse de Codul civil 2009), Editura Hamangiu, București, 2008.

contractual, iar partea care inițiază, continuă sau rupe negocierile contrar bunei credințe răspunde pentru prejudiciul cauzat celeilalte părți. Ca noutate, se prevede obligația părților de a presta, în negocierile precontractuale, confidențialitatea, indiferent dacă se încheie sau nu contractul (art. 1184).

Cu privire la forma contractului (art. 1245 N.C.CIV.), se prevede: contractele care se încheie prin mijloace electronice sunt supuse condițiilor de formă prevăzute de legea specială. Interpretarea contractului se face după regulile cunoscute, cu menționarea faptului că un contract neclar va fi interpretat în favoarea celui care se obligă (art. 1269 alin. 1) și cu menținerea condițiilor înscrise în contractele de adeziune se interpretează împotriva celui care le-a propus (art. 1269 alin. 2). Spre deosebire de C. civ. anterior, Noul Cod Civil conține dispoziții cu privire la ipoteza în care, din cauza schimbării împrejururilor, după încheierea contractului, executarea obligațiilor devine, pentru una dintre părți, excesiv de oneroasă (teoria imprevizunii, art. 1271): dacă executarea obligațiilor unei părți a devenit excesiv de oneroasă, instanța judecătorească poate dispune fie adaptarea contractului pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile decurgând din schimbarea împrejururilor, fie încetarea contractului în condiții pe care le stabilește.

Noul Cod Civil reglementează în Titlul IX atât contractele reglementate și în Codul civil anterior, în cazul căror au fost operate modificări precum și contracte reglementate cu titlu de noutate în Noul Cod Civil (contractul de furnizare, contractul de report, contractual de transport, contractul de agenție, cel de intermediere, contractul de cont curent, de asigurare, de rent viager, de întreținere, jocul și pariul etc.). Ca modificare, contractul de donație într-un alt capitol distinct din materialul liberalităților.

La *contractul de vânzare* (art. 1650-1762) nu au fost aduse schimbări fundamentale, dar trebuie menționat faptul că nu mai este interzis vânzarea între soți (deși conform art. 1033 Noul Cod Civil este lovit de nulitate orice simulatie în care donația reprezintă contractul secret în scopul de a eluda revocabilitatea donațiilor între soți), este reglementată vânzarea după mostră sau model, (cu strămutarea proprietății are loc la data predării bunului), se prestează reglementarea privind vânzarea pe încercate și vânzarea pe gustate (art. 1681-1682). Se prevede aplicarea regulilor de la contractul de vânzare pentru obligațiile înstrăinătorului în cazul altor contracte care au ca efect transmiterea unui drept (art. 1651), se reglementează detaliat vânzarea bunului viitor (art. 1658), se reglementează pactul de opțiune privind

contractul de vânzare (1658), se introduce obligația vânzătorului de a transmite proprietatea (art. 1672 și urm.), precum și garanția pentru buna funcționare (art. 1716 și urm.), este reglementat distinct vânzarea cu plata prețului în rate și rezerva proprietății (art. 1755 și urm.) și vânzarea cu opțiune de rscumpărare (art. 1758 și urm.)

De la nivel de principiu *nemo plus iuris ad alium tranfere potest quam ipse habet*, iar vânzătorul trebuie să fie proprietarul lucrului vândut, Noul Cod Civil consideră valabil contractul de vânzare având ca obiect bunul altuia (art. 1683), prevăzând că, dacă vânzătorul nu asigură transmiterea dreptului de proprietate către cumpărător, acesta din urmă poate cere rezoluțiunea contractului, restituirea prețului și, dacă este cazul, daune-interese.

Ca noutate, Noul Cod Civil reglementează în mod amplu dreptul de preempțiune (art. 1730-1740), atât cel legal cât și cel convențional, cu reguli aplicabile pentru concursul de preempțiuni și consacră faptul că prin exercitarea preempțiunii, contractul de vânzare se consideră încheiat între preempțiunea și vânzător în condițiile cuprinse în contractul încheiat cu terțul, iar acest din urmă contract se desființează retroactiv. Se consacră dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri forestiere, având ca beneficiar pe coproprietari sau (art. 1746). Vânzarea unei moșteniri se poate face, sub sancțiunea nulității absolute, doar în formă autentică (art. 1747 alin. 2).

În cazul *contractului de schimb* (art. 1763-1765) se aplică regulile privind contractul de vânzare. În lipsă de stipulație contrară, cheltuielile pentru încheierea contractului vor fi suportate în mod egal de părți.

Contractul de locațiune este definit ca fiind contractul prin care o parte (locator) se obligă să asigure celeilalte părți (locatar) folosința unui bun pentru o anumită perioadă, în schimbul unui preț numit chirie (art. 1777) și se prezintă sub forma contractului de *închiriere* (bunuri imobile sau bunuri mobile, art. 1824 și urm.) sau sub forma *arendării* (bunuri agricole, art. 1836 și urm.). Noul Cod Civil stabilește durata maximă a locațiunii, anume 30 de ani (art. 1783), precum și durata în cazul locațiilor încheiate pe durată nedeterminată (art. 1785) precum și faptul că locațiunile încheiate de persoanele care, potrivit legii, nu pot face decât acte de administrare nu vor depăși 5 ani; chiria poate consta nu numai într-o sumă de bani, ci și în orice alte bunuri ori prestații (art. 1780); se aplică incapacitățile de la contractul de vânzare (art. 1784); locatorul răspunde atât pentru vicii ascunse cât și pentru vicii aparente reclamante în anumite condiții (art. 1790); se introduce

garanția pentru lipsa calităților convenite (art. 1792); durata lipsei de folosință în cazul reparațiilor urgente se reduce de la 40 de zile la 10 zile (art. 1803); se schimbă interpretarea în cazul sublocățiunii și cesiunii de locațiune (art. 1805 și urm.); locatorul are acțiune directă împotriva sublocatarului în caz de neplată a chiriei.

Noul Cod Civil introduce dreptul de preferință al chiriaului la închiriere (art. 1828), cu condiția să nu fi executat obligațiile. Dacă prin lege nu se prevede altfel, evacuarea chiriaului din locuință nu se poate face decât în baza unei hotărâri judecătorești (art. 1831).

Sub sancțiunea nulității absolute, *contractul de arendare* se încheie în formă scrisă și se înregistrează într-un registru special, la secretarul consiliului local (art. 1838). Arendașul este obligat să asigure bunurile agricole pentru riscul pierderii recoltei ori al pieririi animalelor din cauza unor calamități naturale (art. 1839), fără a fi introdusă sancțiunea în caz de neexecutare. Arendașul poate să schimbe categoria de folosință a terenului arendat numai cu acordul scris, dat în prealabil, de către proprietar și cu respectarea dispozițiilor de drept funciar corespunzătoare (art. 1839). Se prevede dreptul de preempțiune al arendașului cu privire la bunurile agricole arendate (art. 1849).

La contractul de antrepriză, prețul (art. 1851 alin.1) poate consta într-o sumă de bani sau în orice alte bunuri sau prestații, se face în mod expres delimitarea față de contractul este de vânzare (art. 1855), după cum executarea constituie sau nu scopul principal al contractului, avându-se în vedere și valoarea bunurilor; se prevede că beneficiarul are dreptul ca, pe propria sa cheltuială, să controleze lucrarea pe parcursul executării ei, fără a-l stânjeni în mod nejustificat pe antreprenor (art. 1861); pentru garantarea prețului datorat, antreprenorul beneficiază de o ipotecă legală asupra lucrării (art. 1869), sunt reglementate în mod separat (art. 1874-1880) raporturile ce se nasc din contractul de antrepriză pentru lucrări de construcții (care necesită obținerea autorizației de construire).

În cazul *contractului de mandat*, în lipsa de stipulație contrară, durata contractului de mandat este de 3 ani (art. 2015); se prevede răspunderea solidară a mandatarilor dacă s-au obligat să lucreze împreună (art. 2022); se introduce publicitatea revocării procurii autentice notariale (art. 2033). Sunt prevăzute două varietăți ale mandatului: contractul de comision și contractul de consignație.

La *contractul de depozit*, dac nu s-a convenit altfel, depozitarul r spunde numai în cazul în care nu a depus diligen a dovedit pentru p strarea propriilor bunuri (art. 2107); ca variet i ale contractului, Noul Cod Civil reglementeaz depozitul necesar (art. 2124-2126) i depozitul hotelier; Noul Cod Civil reglementeaz sechestrul conven ional (art. 2138 i urm.).

În cazul contractului de împrumut (art. 2144-2170), se recunoa te promisiunea de împrumut (art. 2145). La contractul de *împrumutul de folosin ă*, se prevede expres obliga ăia comodatarului de a suporta cheltuielile cu bunul împrumutat (art. 2151), r spunderea comodantului pentru vicii ascunse (art. 2152). Contractul de comodat i împrumutul de consuma ăie încheiate în form autentic sau înscris sub semn tur privat cu dat cert constituie titlu executoriu (art. 2157, 2165).

Se prezum c *împrumutul de consuma ie* este cu titlu gratuit iar dac are ca obiect sume de bani se prezum caracterul oneros (art. 2159); termenul de restituire se presupunea fi stipulat în favoarea ambelor p r i, iar dac împrumutul este gratuit, numai în favoarea împrumutatului (art. 2161); termenul de restituire poate fi stabilit de instan (art. 2162); dispozi iile referitoare la împrumutul cu dobând se aplic , în mod corespunz tor în toate cazurile în care, în temeiul unui contract se na te i o obliga ie de plat , cu termen, a unei sume de bani sau a altor bunuri de gen (art. 2167). Plata anticipat a dobânzii nu se poate efectua decât pe cel mult 6 luni.

Reglementarea din noul Cod civil a *contractului de asigurare* este preluat din Legea nr.136/1995. Poli a de asigurare poate fi, dup caz, nominativ , la ordin sau la purt tor. Persoana care contracteaz asigurarea este obligat s r spund în scris la întreb rile formulate de asigurator, precum i s declare, la data încheierii contractului, orice informa ii esen iale pentru evaluarea riscului (art. 2203). Contractul de asigurare este nul în caz de declara ie inexact sau reticen cu rea-credin privind riscul (art. 2204). Noul Cod Civil reglementeaz distinct asigurarea de bunuri, asigurile de credite i garan ii i asigurile de pierderi financiare, asigurarea de r spundere civil , asigurarea de persoane, precum i coasigurarea, reasigurarea i retrocesiunea (art. 2214-2241).

La *contractul de rent viager*, ratele de rent se pl tesc trimestrial în avans i se indexeaz , în lips de stipula ăie contrar ; se introduce garan ăia legal pentru obliga ăia de plat a rentei.

Ca noutate, *contractul de între inere* este reglementat expres în Noul Cod Civil (art. 2254 i urm.) dar se aplic i unele reguli de la contractul de

renta viager , poate fi încheiat atât pe durata vieții unei persoane cât și pe durată determinată ; se încheie în formă autentică , sub sancțiunea nulității absolute; se introduce un caz special de revocare (art. 2260). În cazul în care prin contract nu s-a prevăzut durata între înierii ori s-a prevăzut numai caracterul viager al acesteia, între înierii se datorează pentru toată durata vieții creditorului între înierii. Dacă prestarea sau primirea în natură a între înierii nu mai poate continua din motive obiective sau dacă debitorul între înierii decedează și nu intervine o în alegere între părți, instanța judecătorească poate să înlocuiască , la cererea oricăreia dintre părți, fie și numai temporar, între înierii în natură cu o sumă de bani corespunzătoare. În toate cazurile în care între înierii a fost înlocuită cu o rentă , devin aplicabile dispozițiile legale privind contractul de rentă viager (art. 2261-2262).

2. Noul cod civil. Moștenirea și liberalitățile

Noul Cod civil reglementează moștenirea și liberalitățile⁴ în Cartea a IV-a (art. 953-1063), cu titlu de noutate fiind introdus aici și contractul de donație (în loc de a fi introdus în Cartea a V-a, în titlul referitor la contracte).

⁴ Pentru evidențierea unor elemente de noutate din Noul Cod civil român în materia moștenirii și a liberalităților au fost avute în vedere următoarele materiale bibliografice, iar pentru detalii și dezvoltări facem trimitere la: M. D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2012; D. Chiric , *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Editura CH Beck, București, 2014; F. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept civil succesoral*, Editura Universul Juridic, București, 2013, Ediția a III-a; L. Stănculescu, *Curs de drept civil. Succesiuni*, Editura Hamangiu, București, 2012; C. Macovei, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Colectiv de autori, Editura Hamangiu, București, 2012; A.G. Nicolae, M. Uliescu, *Instituții de drept civil în Noul Cod civil. Manual pentru uzul formatorilor SNG*, București, 2010 (Proiect finanțat de Uniunea Europeană , FT 2007/19343.07.01.02.14); M.C. Dobril , Cartea a IV-a: *Despre moștenire și liberalități*, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, Ediția 2 revizuită , 2014; I. Popa, *Drept civil. Moșteniri și liberalități*, Editura Universul Juridic, București, 2013; I. Genoiu, *Dreptul la moștenire în Codul civil. Ediția 2*, Editura C.H. Beck, București, 2013; A. Bacaci, Gh. Comăniș, *Drept civil Succesiunile*, Editura Universul Juridic, București, 2013; Gabriela C. Frențiu, *Comentariile Codului civil - Liberalitățile. Testamentul. Rezerva succesorală Reducțiunea liberalităților excesive*, Editura Hamangiu, București, 2013; D. Florescu, *Dreptul succesoral în noul Cod civil. Ediția a IV-a*, Universul Juridic, București, 2013; A.N. Cheorghie, *Manual de drept succesoral*, Editura Hamangiu, București, 2013; Ministerul Justiției, Amendamente propuse la Proiectul de Cod civil, decembrie 2008, <http://www.just.ro/Sections/Comunicate/Comunicatedecembrie2008/5decembrie2/tabid/957/Default.aspx>; F. Deak, *Tratat de drept civil succesoral*, Editura Universul Juridic, București,

Ca noutate, mo tenirea este definit ca fiind transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate c tre una sau mai multe persoane în fiin (art. 953 N.C.civ.). Locul deschiderii mo tenirii este ultimul domiciliu al defunctului sau daca ultimul domiciliu al defunctului nu este cunoscut sau nu se afl pe teritoriul României, mo tenirea se deschide la locul din ar aflat în circumscrip ia notarului public cel dintâi sesizat, dac exist cel pu in un bun imobil al celui care las mo tenirea (prima ipoteza), iar în lips cel puțin un bun mobil (a doua ipotez), iar dac nu exist bunuri în România, locul din ar aflat în circumscrip ia notarului public cel dintâi sesizat (art. 954). Dovada ultimului domiciliu al defunctului se poate face cu certificatul de deces sau, dup caz, cu hot rârea judec toreasca declarativ de moarte, r mas definitiv .

Mo tenirea legal este regula, iar cea testamentar reprezint excep ia (art. 955). Se menține interdicția pactelor asupra unei mo teniri nedeschise (art. 956). În cazul mo tenirii legale, se p streaz împ r irea rudelor în patru clase de mo tenitori, se prevede expres posibilitatea venirii la mo tenere a dou clase de mo tenitori în concurs (art. 964).

Noul Cod Civil modific instituția nedemnit ții succesoriale (art. 958 i urm.) deoarece aceasta produce efecte atât pentru mo tenirea legal cât i pentru cea testamentar , se face distincție între nedemnitatea de drept i nedemnitatea judiciar , se prevede un termen de dec dere de un an, de la deschiderea mo tenirii, în care orice succesibil poate cere instan ei declararea nedemnit ii judiciare; se introduce posibilitatea înl tur rii efectelor nedemnit ii prin voin a expres a celui care las mo tenirea (art. 961).

S-a consacrat faptul c dac , în cazul mor ii mai multor persoane, nu se poate stabili c una a supravie uit alteia, acestea nu au capacitatea de a se mo teni una pe alta (situația comorienților și codecedaților). Ca noutate, în Noul Cod Civil poate fi reprezentat persoana lipsit de capacitatea de a mo teni, atât comorienții cât și codecedații, precum i nedemnul, chiar aflat în via la data deschiderii mo tenirii (art. 967). Ca noutate, este reglementat efectul particular al reprezent rii (art. 969).

2002; I. Dogaru, V. St nescu, M.M. Sorea , *Bazele dreptului civil. Volumul V. Succesiuni*, Editura CH Beck, Bucure ti, 2009; C. Macovei, *Mo tenirea legal* , Editura Universit ții Al. I. Cuza Ia i, 2006.

Noul Cod Civil nu mai include darurile de nunt în dreptul succesoral special al so ului supravie uitor.

Mo tenirile vacante revin comunei, ora ului sau municipiului în a c rui raz teritorial se aflau bunurile la data deschiderii succesiunii i într în domeniul lor privat (art. 1138) i se prevede expres data de la care într în st pânirea de fapt a mo tenirii (art. 1139); se introduce un termen de 1 an i 6 luni, plus un termen de 2 luni de la publicare pentru înf ți area succesibililor (art. 1137).

Testamentul este definit ca actul unilateral, personal i revocabil prin care testatorul dispune, întruna dintre formele cerute de lege, pentru timpul când nu va mai fi în via (art. 1034); se interzic în continuare testamentele conjunctive; testamentul ordinar poate fi olograf sau autentic, fiind eliminat testamentul mistic sau secret. Înainte de a fi executat, testamentul olograf se va prezenta unui notar public pentru a fi vizat spre neschimbare (art. 1042). În cazul testamentului autentic, notarul care autentific testamentul are obliga ia s îl înscrie, de îndat , în registrul na ional notarial inut în format electronic, potrivit legii, iar informa ii cu privire la existen a unui testament nu se pot da decât dup decesul testatorului (art. 1046). Testamentele privilegiate au în vedere situa iile speciale în care asemenea testeamente se întocmesc i au fost f cute modific ri corespunz toare (art. 1047); testamentul privilegiat devine caduc la 15 zile de la data când dispun torul ar fi putut s întocmeasc un testament ordinar. Se prevede testamentul sumelor i valorilor depozitate (art. 1049), pentru care se aplic dispozițiile prev zute de legi speciale referitoare la sumele de bani, valorile sau titlurile de valoare depuse la institu ii specializate.

Cu titlu de noutate, Noul Cod Civil face o mai pregnant distincție între revocarea testamentului i revocarea legatului, aceasta din urm putând fi, în plus, i judec toareasc . Revocarea expres a testamentului f cut prin act autentic, ca i retractarea unei dispozi ii revocatorii, s fie înscris , de îndat , de c tre notar, în registrul na ional notarial. Dispozi ia revocatorie poate fi retractat expres, prin act autentic ori prin testament; cu titlu de noutate, Noul Cod Civil reglementeaz efectele retract rii renunț rii, în sensul statu rii regulii reînvierii dispozițiilor testamentare revocate dar aplicarea acestei regulii poate fi înl turat prin voința testatorului (art. 1053).

Legatul titlu universal confer voca ie la o frac iune a mo tenirii; prin această frac iune se în elege: a) fie proprietatea unei cote-p r i din mo tenire; b) fie un dezmembr mânt al propriet ii asupra totalit ii sau a unei cote-

p r i din mo tenire; c) fie proprietatea sau un dezmembr mânt asupra totalit ii ori asupra unei cote-p r i din universalitatea bunurilor determinate dup natura sau provenien a lor.

Se prevede dobândirea de c tre legatari, indiferent de vocația lor, a fructelor bunurilor ce li se cuvin din succesiune de la data deschiderii succesiunii (art. 1058).

Cât prive te efectele legatelor, dac legatarul nu poate îndeplini sarcina care greveaz legatul s u, f r a dep i valoarea bunurilor primite, se va putea libera predând beneficiarului sarcinii bunurile sau valoarea lor (art. 1060).

Noul Cod Civil prevede solu ii pentru legatul are ca obiect bunul altuia (art. 1064); se consacr (art. 1067) un drept de preferin al creditorilor mo tenirii fa de legatari.

Legatele sunt supuse dispozi iilor legale privind revocarea voluntar a testamentului. Revocarea judec toareasc a legatului a fost p strat în Noul Cod Civil. (art. 1069) dac legatarul a atentat la via a testatorului, a unei persoane apropiate lui sau, tiind c al ii inten ioneaz s atenteze, nu l-a în tiin at sau dac legatarul se face vinovat de fapte penale, cruzimi sau injurii grave fa de testator ori la adresa memoriei acestuia. Se p streaz cazurile de caducitate a legatului (art. 1071).

Dezmo tenirea este reglementat în mod expres (art. 1074).

Noul Cod Civil reglementeaz în general capacitatea de a dispune prin liberalit i, prin acte între vii sau pentru cauz de moarte (art. 987 i urm.). Incapacit ile speciale sunt sanc ionate cu nulitate relativ (art. 990) i sunt prev zute incapacit și speciale în materia legatelor (art. 991).

Sunt operate modific ri în cazul substitu iilor fideicomisare (art. 993 i urm.); sub denumirea de liberalit i reziduale, dispun torul poate s stipuleze ca substituitul s fie gratificat cu ceea ce r mâne, la data decesului instituitului, din dona iile sau legatele f cute în favoarea acestuia din urm (art. 1001); ca noutate se introduce posibilitatea revizuirii condi iilor i a sarcinilor (art. 1006); se consacr expres (art. 1010) posibilitatea confirm rii unei liberalit i.

Ca noutate, rezerva succesoral a fiec rui mo tenitor rezervatar este de jum tate din cota succesoral care, în absen a liberalit ilor sau dezmo tenirilor, i s-ar fi cuvenit ca mo tenitor legal (art. 1088). Este regle- mentat cotitatea disponibil special a so ului supravie uitor (art. 1090).

Reglementarea reducerii liberalităților excesive (art. 1091 și urm.) urmează reglementarea actuală; se prevede un termen de prescripție de trei ani pentru acțiunea în reducerea liberalităților excesive. Se prevede expres imputarea liberalităților (art. 1099).

Moștenitorul care, în temeiul legii ori al testamentului, cumulează mai multe vocații la moștenire are, pentru fiecare din ele, un drept de opțiune distinct (art. 1102, vocația multiplă la moștenire).

Termenul de opțiune succesorală de un an de la deschiderea moștenirii (art. 1103) face de termenul de 6 luni existent anterior; nu mai distinge între acceptarea pură și simplă și acceptarea sub beneficiu de inventar a succesiunii, prevăzând doar că moștenitorii legali și legatarii universali sau cu titlu universal răspund pentru datoriile și sarcinile moștenirii numai cu bunurile din patrimoniul succesoral, proporțional cu cota fiecăruia (art. 1114 alin.2). Este prevăzută posibilitatea acceptării succesiunii, de către creditorii succesibilului, pe cale obișnuită, dar numai în limita îndestulării creanțelor (art. 1107), precum și dreptul creditorilor de a cere instanței revocarea renunțării frauduloase, dar numai în ce îi privește și numai în trei luni de la data când au cunoscut renunțarea (art. 1122). Există două prezumții de renunțare la moștenire (art. 1112 și 1113).

Certificatul de moștenitor face dovada calității de moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia (art. 1133).

Este reglementat regimul amintirilor de familie (art. 1141 și urm.).

Sunt moștenitori sezizabili descendenții, ascendenții privilegiați ai defunctului și soțul supraviețuitor (art. 1126).

Raportul donațiilor este păstrat de Noul Cod Civil (art. 1146-1154); raportul se face prin echivalent; donatarul nu poate fi obligat să facă raportul în natură (art. 1151).

Se menține reglementarea partajului de ascendent (art. 1160-1163). Noul Cod Civil prevede (art. 1162) că, dacă în partajul de ascendent nu au fost cuprinse toate bunurile moștenirii, bunurile necuprinse se vor împărți potrivit legii; dacă prin partajul de ascendent se încalcă rezerva succesorală a vreunui descendent ori a soțului supraviețuitor, sunt aplicabile prevederile referitoare la reducerea liberalităților excesive.

*Această lucrare a fost realizată în cadrul Proiectului „Personalul didactic din învățământ preuniversitar și universitar de stat - promotor al învățării pe tot parcursul vieții” POSDRU/174/1.3/S/149155 (membru în grupul țintă, învățământ universitar). S-a realizat activitatea specifică pentru dezvoltarea profesională desfășurată în perioada 01.03.2015 - 31.03.2015 pentru dezvoltarea pregătirii continue a personalului didactic, perioadă în care s-a realizat și activitate de documentare pentru realizarea articolului și finalizarea articolului, trimis apoi spre publicare.

CONSECINȚELE ÎNCĂLCĂRII PREVEDERILOR LEGALE
PRIVIND CONSTITUIREA SOCIETĂȚILOR REGLEMENTATE DE
LEGEA NR. 31/1990

CONSEQUENCES OF BREAKING THE LAW ON THE
ESTABLISHMENT OF COMPANIES GOVERNED BY LAW NO.
31/1990

OLGA-ANDREEA URDA¹

Rezumat: Pentru constituirea societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, sunt prevăzute o serie de reguli clare, menite să protejeze atât circuitul civil cât și interesele terților. Nerespectarea acestor reguli presupune crearea unui dezechilibru și în mod firesc ar putea conduce la dizolvarea și lichidarea societăților reglementate de Legea nr. 31/1990. Totuși legiuitorul a propus o serie de soluții în vederea regularizării, soluții care armonizează legislația noastră internă cu normele Uniunii Europene adoptate în această materie. Analiza efectuată își propune să identifice atât soluțiile stabilite de legiuitorul român pentru situația încălcării prevederilor legale privind constituirea societăților reglementate de Legea nr. 31/1990 cât și maniera de transpunere a normelor adoptate de către Uniunea Europeană relative la această chestiune, vizând cu precădere situația acțiunii în anulare.

Cuvinte cheie: acțiune în anulare, acțiune în regularizare, publicitate, societăți, armonizare.

Abstract: For the establishment of companies governed by Law no. 31/1990, are provided a series of clear regulations, intended to protect both the interests of third parties as well as the civil circuit. Failure to comply means creating an imbalance that naturally could lead to the dissolution and liquidation of companies regulated under Law no. 31/1990. However, the legislator proposed a number of solutions meant to regulate the matter, solutions that harmonize our internal legislation with the European Union norms adopted in this field. The analysis conducted aims both to identify the solutions established by the Romanian legislature in the case of the infringement of legal provisions on the establishment of companies regulated under

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

Law no. 31/1990 as well as the manner of transposing the rules adopted by the European Union relative to this matter, relating especially to the situation of the action for annulment.

Keywords: action for annulment, action for regularization, publicity, companies, harmonization.

Pe parcursul înființării unei societăți există riscul să apară și o serie de neregularități generate de nerespectarea prevederilor legale incidente în această². Sunt prevăzute o serie de măsuri, în acest sens, observând atenția legiuitorului orientată cu precădere în spre protejarea intereselor terților, sancțiunea nulității fiind una excepțională și limitată la o serie de situații expres prevăzute de lege.

Consecințele încălcării normelor incidente în materia constituirii societăților diferă în funcție de momentul constatării neregularităților, înainte sau după înregistrarea societății în registrul comerțului. Pentru prima situație legea face distincție între situația neînregistrării societății în registrul comerțului și cea a neregularităților constatate odată cu verificarea legalității înregistrării efectuate de către directorul oficiului comerțului sau a persoanei desemnate.

Pentru neregularitățile constatate ulterior înregistrării societății în registrul comerțului, se va opta de regulă pentru îndreptarea acestora pe calea regularizării și în mod cu totul excepțional se va opta pentru soluția declarării nulității societății.

I. Consecințele neregularităților constatate înainte de înmatricularea societății

A. Neînregistrarea societății – Se are în vedere aici situația în care actul sau actele constitutive au fost întocmite, însă fondatorii sau reprezentanții societății au omis să ceară înmatricularea în registrul comerțului în termenul legal de 15 zile de la data semnării actului constitutiv. Într-o asemenea situație, art. 47 din Legea nr. 31/1990 prevede posibilitatea ca orice asociat să poată solicita oficiului registrului comerțului efectuarea înmatriculării, după ce prin notificare sau scrisoare recomandată, a pus în întârziere fondatorii sau reprezentanții societății, iar aceștia nu s-au conformat în cel mult 8 zile de la primirea somației.

² V. Nemeș, *Drept comercial*, Ediția a 2-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 120.

În măsura în care, în termen de 8 zile, înmatricularea nu s-a efectuat, asociații nu mai sunt ținuți de obligațiile ce decurg din subscripțiile lor, după trecerea a 3 luni de la data autentificării actului constitutiv, în afara situației în care actul constitutiv prevede altfel. Însă dacă unul dintre asociați a efectuat totuși formalitățile de înmatriculare, niciunul dintre ceilalți asociați nu se vor putea prevala de o eventuală eliberarea a obligațiilor ce decurg din subscripții.

B. Neregularități constatate de către directorul oficiului registrului comerțului sau de către persoana desemnată cu ocazia verificării legalității înregistrării

În momentul verificării legalității cererii de înregistrare și a actelor anexate acestei cereri, directorul oficiului registrului comerțului sau persoana desemnată poate să constate că actul constitutiv a fost încheiat cu nerespectarea dispozițiilor art. 7 sau 8 din Legea nr. 31/1990, sau cuprinde clauze care încalcă o dispoziție imperativă a legii sau că nu s-a îndeplinit o cerință legală pentru constituirea societății.

Într-o atare situație, directorul oficiului registrului comerțului sau persoana desemnată va pune în vedere asociaților înlăturarea neregularităților, într-un termen de cel mult 15 zile, care poate fi prelungit cel mult odată, la cererea motivată a solicitanților, așa cum prevede și art. 7 din O.U.G. 116/2009³. În măsura în care aceștia rămân în pasivitate cererea de înmatriculare va fi respinsă.

În ceea ce privește posibilitatea constituirii și înmatriculării a societăților de consultanță, asistență și reprezentare juridică, Înalta Curte de Casație și Justiție a decis că astfel de cereri sunt inadmisibile⁴.

³ O.U.G. nr. 116 din 29 decembrie 2009 pentru instituirea unor măsuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului, publicată în M. Of., Partea I, nr. 926 din 30 decembrie 2009.

⁴ Înalta Curtea de Casație și Justiție a admis, prin decizia nr. XXII/2006, publicată în M. Of. nr. 936 din 20 noiembrie 2006, recursul în interesul legii, declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curtea de Casație și Justiție cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 46 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicata, cu modificările și completările ulterioare, în cazul cererilor de autorizare a constituirii și de înmatriculare a societăților comerciale de consultanță, asistență și reprezentare juridică dispunând: Cererile de autorizare a constituirii și de înmatriculare a societăților comerciale de consultanță, asistență și reprezentare juridică sunt inadmisibile. Textul integral al deciziei disponibil pe http://www.dreptonline.ro/decizii_recurs_constitutionala/detalii_decizie.php?id_decizie=248

Dacă la cererile de înregistrare sunt depuse cereri de intervenție, directorul oficiului registrului comerțului sau persoana desemnată va transmite instanței competente întregul dosar.

Răspunderea pentru eventualele prejudicii cauzate de aceste neregularități aparține fondatorilor, reprezentanților societății, precum și primilor membri ai organelor de conducere, de administrare și de control al societății, care vor fi ținuti să răspundă în mod solidar și nelimitat pentru prejudiciul cauzat de aceste neregularități.

II. Efectele neregularităților constatate după înregistrarea societății

Deși se realizează verificarea cererii de înmatriculare și a documentelor anexate acesteia de către directorul oficiului registrului comerțului sau persoana desemnată, există riscul ca anumite neregularități să le scape la momentul soluționării cererii. Într-o asemenea situație legea prevede două posibilități, fie promovarea acțiunii în regularizare, fie declararea nulității societății, prin intermediul acțiunii în anulare.

A. Acțiunea în regularizare

În art. 48 din Legea nr. 31/1990, este prevăzută în mod expres obligația societății de a lua măsuri pentru îndepărtarea neregularităților constatate după înmatriculare, într-un termen de cel mult 8 zile de la momentul constatării acestor neregularități.

În măsura în care societatea nu se conformează solicitării de regularizare, orice persoană interesată, indiferent de calitatea sa, se poate adresa tribunalului cu o cerere prin care să fie obligate organele societății să le regularizeze, sub sancțiunea plății de daune-interese conform dreptului comun.

Obiectul acțiunii în regularizare poate fi constituit de orice încălcare a dispozițiilor legale referitoare la înființarea unei societăți, legea nefăcând nicio distincție în acest sens.

Art. 48 alin. 3 din Legea nr. 31/1990 prevede și un termen de prescripție a dreptului la acțiunea în regularizare, acesta prescriindu-se după un an de la data înmatriculării societății.

Și în situația prejudiciilor generate de neregularitățile identificate după înmatricularea societății, răspunderea pentru eventualele prejudicii cauzate de aceste neregularități aparține fondatorilor, reprezentanților societății, precum și primilor membri ai organelor de conducere, de

administrare și de control al societății, care vor fi ținute să răspundă în mod solidar și nelimitat pentru prejudiciul cauzat de aceste neregularități (art. 49 din Legea nr. 31/1990).

B. Acțiunea în anulare a societății

Dacă în situația acțiunii în regularizare, legiuitorul nu face nicio distincție între cazurile ce pot constitui obiectul acestei acțiuni, cazurile în care se poate pronunța nulitatea societății sunt expres și limitativ prevăzute în art. 56 din Legea nr. 31/1990 și se apreciază în funcție de momentul înființării societății⁵.

Astfel, cazurile de nulitate reglementate de art. 56 din Legea nr. 31/1990 sunt:

a) lipsește actul constitutiv sau nu a fost încheiat în formă autentică, în situațiile prevăzute la art. 5 alin. (6) – adică în situațiile în care printre bunurile subscrise ca aport la capitalul social se află un imobil; se constituie o societate în nume colectiv sau în comandită simplă sau în cazul în care societatea pe acțiuni se constituie prin subscripție publică). Legea stabilește însă nulitatea societății și nu nulitatea actului constitutiv⁶; b) toți fondatorii au fost, potrivit legii, incapabili, la data constituirii societății; c) obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice; d) lipsește încheierea judecătorului delegat de înmatriculare a societății; e) lipsește autorizarea legală administrativă de constituire a societății – eventuala anulare a autorizației administrative, ulterior constituirii societății nu atrage nulitatea; f) actul constitutiv nu prevede denumirea societății, obiectul sau de activitate, aporturile asociaților sau capitalul social subscris – cu privire la capitalul social se are în vedere mențiunea efectivă din actul constitutiv și nu eventuala neîndeplinire a obligației de a vărsa diferența de capital social⁷; g) s-au încălcat dispozițiile legale privind capitalul social minim, subscris și vărsat; h) nu s-a respectat numărul minim de asociați, prevăzut de lege.

⁵ În acest sens a se vedea: Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, Decizia nr. 649 din 18 februarie 2010, disponibilă pe <http://legeaz.net/spete-drept-comercial-iccj-2010/decizia-649-2010>.

⁶ Tot în decizia citată mai sus Înalta Curte de Casație și Justiție stabilește faptul că „nulitatea societății comerciale susținută de instanța de judecată este o instituție juridică distinctă care nu are legătură cu cererea formulată privind nulitatea absolută parțială a actului constitutiv”.

⁷ S. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ediția a IV-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 33.

Acțiunea în anulare poate fi promovată de către orice persoană interesată, având în vedere interesul ocrotit.

Legea oferă posibilitatea regularizării, astfel nulitatea nu poate fi declarată de către instanța de judecată, în măsura în care a fost înlăturată cauza ei înainte de a se pune concluzii în fond la tribunal.

Spre deosebire de acțiunea în regularizare, nu este prevăzut un termen de prescripție pentru promovarea acțiunii în anulare, fiind considerată imprescriptibilă⁸.

Principalul efect al pronunțării nulității societății este intrarea în dizolvarea a acesteia și intrarea în faza de lichidare, urmând a se numi lichidatorii. Această hotărâre nu va avea rolul de a absolvi asociații de obligațiile asumate, aceștia fiind ținuti să răspundă pentru obligațiile sociale până la acoperirea acestora.

Fiind vorba despre nulitate absolută, efectul firesc ar fi nulității ar trebui să fie retroactiv, însă prin excepție Legea nr. 31/1990 prevede faptul că efectele nulității se produc numai pentru viitor, astfel, „declararea nulității societății nu aduce atingere actelor încheiate în numele său. Nici societatea și nici asociații nu pot opune terților de bună-credință nulitatea societății” (art. 59 din Legea nr. 31/1990)⁹.

Cu toate că Legea nr. 31/1990 nu prevede în mod expres posibilitatea recuperării prejudiciilor cauzate de incidența unuia sau mai multor cauze de nulitate a societății, atâta timp cât în situația regularizării art. 49 din lege prevede o atare posibilitate pe cale de consecință în mod evident această dispoziție legală este aplicabilă și pentru situația neregularităților care au condus la declararea nulității, răspunzători fiind tot fondatorii, reprezentanții

⁸ S. Cârpenaru, *op.cit.*, p. 178; Șt. Mihăilă, A.-D. Dumitrescu, *op.cit.*, p. 69; V. Nemeș, *op.cit.*, p. 122; S. Popa, *Drept comercial. Introducere. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 99.

⁹ În acest sens se pronunță Înalta Curte de Casație și Justiție în decizia nr. 1894 din 21 mai 2010 care dispune: „Aplicarea principiului anulării actelor subsecvente ca efect al anulării actului inițial, care constituie fundamentul raționamentului juridic adoptat de prima instanță și confirmat de instanța de apel este greșită în raport de împrejurările factuale și legale ale cauzei. chiar și în situația unei nulități de o gravitate deosebită, esențială vizând însăși existența societății, actele încheiate cu terții de bună credință își păstrează deplina valabilitate și își produc efectele avute în vedere la încheierea lor”, disponibilă pe <http://legeaz.net/spete-drept-comercial-iccj-2010/decizia-649-2010>.

societății, precum și primii membri ai organelor de conducere, de administrare și de control al societății¹⁰.

În cazul în care asistăm la un concurs între acțiunea în regularizare și cea în anulare, ambele fiind promovate în același timp, în mod evident prioritate ar trebui să aibă acțiunea în regularizarea, în contextul în care interesul este de a salva societatea și de a proteja interesele terților de bună credință. Într-adevăr avantajul de necontestat al acțiunii în anularea societății este caracterul imprescriptibil al acesteia, spre deosebire de posibilitatea exercitării acțiunii în regularizare care este limitată la un an¹¹.

Nu putem să nu observăm în analiza efectuată, corelația dintre legislația națională și cea europeană, și ne referim aici la Directiva Consiliului nr. 68/151/CEE din 9 martie 1968¹², prin intermediul căreia a fost reglementată, în Secțiunea III, nulitatea societății. Directiva nr. 68/151/CEE a fost înlocuită cu Directiva nr. 2009/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009¹³, care a preluat identic în Capitolul IV reglementările din directiva anterioară, capitolul IV având aceeași denumire marginală – Nulitatea societății.

În Directiva nr. 2009/101/CE este prevăzută posibilitatea pentru statele membre de a reglementa nulitatea societăților în următoarele situații limitativ incluse în art. 12: „(a) nulitatea trebuie pronunțată prin hotărâre judecătorească; (b) nulitatea poate fi pronunțată exclusiv în cazurile menționate la punctele (I)-(VI): (I) absența actului constitutiv sau nerespectarea formalităților de control preventiv sau a formei autentice; (II) obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice; (III) actul constitutiv sau statutul nu menționează denumirea societății, aporturile, capitalul total subscris sau obiectul de activitate al societății; (IV) nerespectarea dispozițiilor din legislația internă privind cuantumul minim al

¹⁰ S. Popa, *Drept comercial. Introducere. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 99; S. Cârpenaru, *op.cit.*, p. 178.

¹¹ I.-E. Cadariu-Lungu, *Societatea neregulat constituită în configurarea noului cod civil și a legii societăților nr. 31/1990*, în *Revista Dreptul*, nr. 6/2014, p. 44.

¹² Directiva Consiliului nr. 68/151/CEE din 9 martie 1968 de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul articolului 58 al doilea paragraf din tratat, pentru protejarea intereselor asociaților sau terților, publicată în J. Of. L 65/8 din 14.03.1968.

¹³ Directiva 2009/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009 de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul articolului 48 al doilea paragraf din tratat, pentru protejarea intereselor asociaților sau terților, publicată în J. Of. L 258/118 din 01.10.2009.

capitalului vărsat; (V) incapacitatea tuturor asociaților fondatori; (VI) numărul asociaților fondatori este mai mic de doi, contrar legislației interne care reglementează societatea comercială”.

Legea 31/1990 respectă aceste exigențe asigurând un cadrul legal adecvat în materia nulității societăților.

III. Efectele nerespectării prevederilor legale privind publicitatea constituirii societății

Societatea este persoană juridică, dobândind capacitate de a avea drepturi și obligații precum și capacitate procesuală de exercițiu, de la data înmatriculării ei în Registrul comerțului, așa cum prevede art. 41 din Legea nr. 31/1990.

De asemenea și art. 202 alin. 1) noul Cod civil prevede faptul că persoana juridică nu se consideră legal înființată cât timp înregistrarea nu a fost efectuată, în măsura în care înregistrarea persoanei juridice are caracter constitutiv.

În art. 202 Noul Cod civil se face însă distincția între caracterul constitutiv al înregistrării sau dacă ea este impusă exclusiv pentru opozabilitatea față de terți, fiind considerate ca lipsite de opozabilitate față de terți, actele dau faptele juridice făcute în numele sau în contul persoanei juridice, pentru care nu s-a efectuat publicitatea prevăzută în acest scop de lege, în afara situației în care se poate face dovada faptului că terții cunoșteau faptul că publicitatea nu a fost îndeplinită¹⁴.

Tot în același sens, art. 50 din Legea nr. 31/1990 prevede inopozabilitatea actelor sau faptelor pentru care nu s-a efectuat publicitatea prevăzută de lege, afara de situația în care societatea face dovada că aceștia le cunoșteau.

Protecția terților justifică și inopozabilitatea anumitor acte, chiar înregistrate în registrul comerțului și publicate în Monitorul Oficial, motivat de faptul că aceștia nu au putut lua cunoștință de ele din cauza timpului scurt ce a trecut de la data efectuării publicității. Art. 50 alin. 2) din Legea nr. 31/1990 prevede astfel, în mod expres, faptul că operațiunile efectuate de societate înainte de a 16-a zi de la data publicării rezoluției directorului

¹⁴ Gh. Piperea, *Persoana juridică*, în Noul Cod civil: comentarii pe articole, coord.: F.-A. Baias, E. Chelaru, I. Macovei, R. Constantinovici, Gh. Piperea, P. Perju, V. Tereza..., Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 189.

oficiului comerțului nu sunt opozabile terților, care dovedesc că au fost în imposibilitate de a lua cunoștință despre ele.

Legea impune de asemenea efectuarea formalităților de publicitate prin înmatricularea în registrul comerțului, nu mai târziu de 24 de ore de la data la care directorul oficiului comerțului sau persoana desemnată autorizează înmatricularea societății.

IV. Concluzii

Din analiza mai sus efectuată putem desprinde cu ușurință concluzia conform căreia, legislația internă adoptată în materie oferă suficiente remedii pentru regularizarea societății și protecția implicită a intereselor terților. Reglementările sunt specifice dreptului comerciale, observându-se un regim derogatoriu, cel puțin în anumite aspecte, de la dreptul comun, derogări impuse tocmai de impactul pe care actele încheiate de societățile reglementate de Legea nr. 31/1990 îl au asupra circuitului civil în general și a vieții economice în particular.

Armonizarea cu normele europene a legislației interne reprezintă un pas semnificativ în procesul de integrare și de diminuare a derapajelor existente între legislațiile statelor membre. O Europă cu geometrie variabilă în domeniul activităților economice este imposibil de acceptat, motiv pentru care activitatea legiuitorului național, asociată cu o jurisprudență unitară, are un rol semnificativ în acest sens.

LA LIBERTE DE CHOIX DE MODE DE VIE

MARIE DUVALE KODJO GNINTEDEM¹

Ce ne sont point les vices, la méchanceté et l'improbité des hommes, qui fait le malheur des peuples, mais l'imperfection de leurs lois et par conséquent leur stupidité. Peu importe que les hommes soient vicieux; c'en est assez s'ils sont éclairés. C.-A. Helvétius, *Œuvres d'Helvétius*, Paris, Servières, Vol. 5, 1792, p. 34.

Résumé: Moulées dans l'obéissance et les mœurs ancestrales, les sociétés africaines se trouvent aujourd'hui déstabilisées par l'émergence de part et d'autre d'identités culturelles, religieuses, sociales et non traditionnelles. D'un côté, des groupuscules revendiquent une liberté de choix de mode de vie; de l'autre, des mouvements se dressent au péril de la stabilité politique et de la cohésion sociale contre cette prétendue liberté «essentiellement occidentalisée». Tandis que la diversité est revendiquée, la quête des valeurs communes et intrinsèques à l'Afrique devient omniprésente et explicite. Cette apparente confrontation montre l'urgence de réfléchir sur les contours d'une liberté qui ne figure expressément dans aucun texte national ou international de protection des droits humains. Dès lors, comment ressortir une conception juridique africaine de la liberté de choix de mode de vie susceptible de contribuer à la stabilité et au développement des Etats ? En retenant que la liberté de choix de mode de vie revient à se réaliser et réaliser la société, l'objectif principal de notre étude est double. Il s'agit d'abord pour nous de puiser aux sources des droits fondamentaux pour donner un contenu précis à la liberté de choix de mode de vie. Ensuite d'inciter les Etats africains à légiférer sur celle-ci. Pour y arriver, il serait utile de compléter la méthode exégétique avec les approches empirique, comparative et sociologique. La tâche, ardue dans la mesure où traiter de la liberté en soi n'est pas chose aisée, se complique quand il faut le faire pour une de celles qui comporte une bonne dose de sensibilité et de jugements de valeurs. Cependant, c'est le prix à payer pour dessiner de nouvelles bases juridiques aux institutions de l'Afrique de demain.

¹ Docteur en droit privé, Université de Yaoundé II, Cameroun.

Mots-clés: liberté, libertés publiques, mode de vie, droits de l'homme, ordre public, développement, bonnes mœurs, limites, mondialisation, postmodernisme

A l'image de sa racine, la liberté, la liberté de choix de mode de vie suscite des sentiments divers. Au premier abord, elle dérange. Elle irrite le social, habitué à des pratiques surannées liées au conformisme, au conditionnement des comportements humains et à l'obéissance. Si toutes les sociétés sont ébranlées par l'émergence de part et d'autre d'identités culturelles, religieuses, sociales et non traditionnelles², l'Afrique, en quête de stabilité politico-économique, est bien plus vulnérable au phénomène de «*démocratisation des mœurs*»³. De l'extérieur, elle croule sous la pression des anciens gourous, les colonisateurs, qui lui dictent la conduite à tenir⁴. De l'intérieur, des groupuscules se forment pour revendiquer plus de liberté, fragilisant ainsi les premières pierres du développement⁵. Le dilemme

² C. Fabre et E. Fassin, *Liberté, égalité, sexualités*, Paris, Belfond, 2004, p. 7.

³ C. Fabre et E. Fassin, *op. cit.*; B. Badie et M.-C. Smouts, *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques et Dalloz, 1992.

⁴ Récemment encore, l'on apprenait que les pays occidentaux, emboîtant le pas à la Banque Mondiale, étaient en train de geler leurs concours financiers à l'Ouganda, au motif que ce pays avait durci ses lois contre l'homosexualité. <http://www.gmconseils.com> et <http://www.afrinews.org/> 4 mars 2014. Certains auteurs arguent alors que c'est l'occident qui impose tout à l'Afrique et détruit ceux qui osent s'opposer. Dans ce sens, J.-C. Djéréké, *L'Afrique refuse-t-elle vraiment le développement ?*, Paris; l'Harmattan, 2007; Nick de Bessou, *Afrique-Pays-Bas (CPI)-Côte d'Ivoire-France ! La nouvelle icône et fierté africaine*, extrait du livre de L. Gbagbo et F. Mattei, *Pour la vérité et la justice/Côte d'Ivoire: révélations sur un scandale français !*, 23 juin 2014, <http://nickdebessou.over-blog.com/>.

⁵ Au Cameroun, nous avons le mouvement LGBT (lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres) qui travaille dans l'informel en raison de la répression de l'homosexualité au Cameroun. Ses partisans et d'autres membres de l'Association camerounaise pour la défense de l'homosexualité (Adefho) veulent faire valoir les droits des homosexuels. Vr. «*Pour la libération de trois Camerounais emprisonnés pour homosexualité*», www.inter-lgbt.org/; <http://afrique-centrale.jeuneafrique.com/> (consultés le 02 juillet 2014). Ces derniers aiment à citer F. Nyamsi qui dit «*laissez les sujets adultes et raisonnables disposer raisonnablement de leurs corps, dans l'exacte mesure où ils ne se nuiront pas mutuellement au-delà des normes de justice; et pour le reste, tenez-vous en tant que vous y croirez, à vos préférences sexuelles*», vr. H. M. Jombwe, *Homosexualité et égalité de droits en Afrique: hommage à Éric Lembembé*, <http://avocatssansfrontieres-france.org/>. Dans plusieurs autres pays, plusieurs organisations des droits humains sont en réalité des défenseurs des droits des LGBT. Tel est le cas de l'ONG Spectrume en Ouganda, <http://www.abolition.fr/>. Dans un rapport publié le 25 juin 2013 intitulé «*Quand aimer devient un crime*», Amnesty

habituel se pose: faire taire et passer pour des réfractaires au développement⁶ ou consacrer et passer pour des éternels soumis⁷.

La liberté de choix de mode de vie perturbe en même temps le juriste qui ne la retrouve expressément dans aucun texte, mais la voit apparaître dans quelques écrits relatifs aux droits de la personnalité. En effet, résonnant comme une évidence, elle est pauvre en littérature. Quelques tribunaux nationaux et internationaux ont reconnu son existence devant la multiplication des recours relatifs au droit au respect des modes de vie traditionnels. Seulement, ils l'ont identifiée sous les problématiques de protection de minorités, de diversité culturelle ou de vie privée. Dans l'affaire *Connors c. Royaume Uni*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme va affirmer le besoin d'accorder une attention particulière aux modes de vie propres des communautés traditionnelles et imposer une obligation positive aux Etats⁸. Cela ne nous renseigne malheureusement pas sur le contenu et le titulaire de la liberté de mode de vie.

Celle-ci en vient finalement à attirer. Elle séduit par sa structure constituée de termes riches de contradictions. Tout d'abord, peu de notions que celle de liberté ont donné lieu à autant de réflexions philosophiques, théologiques, scientifiques, politiques et juridiques⁹. Inhérente ou non à la nature humaine, elle n'en reste pas moins un «*mot redoutable*»¹⁰. Naturelle,

International dénonce l'homophobie au Cameroun, au Malawi et en Afrique du Sud. L'on y ajoute la Mauritanie, la Somalie et le Soudan. Vr. R. Mbog, *Les pays africains qu'il vaut mieux éviter si vous êtes gay*, 25 juin 2013, <http://www.slateafrique.com/>.

⁶ Plusieurs voix s'élèvent pour accuser l'Afrique d'être à la traîne ou dictatoriale lorsqu'elle ne suit pas le diktat occidental. Djéréké cite quelques-unes de ces voix qu'il prend le soin de critiquer. Vr. J.-C. Djéréké, *op.cit.*, pp. 17 s.

⁷ J. Rawlings, ex-dirigeant ghanéen, lors du 10^e anniversaire du Parlement Pan-Africain, a invité les africains à «cesser d'être des observateurs passifs», M. CICHOCKI, 19 mars 2014, <http://www.slateafrique.com/>.

⁸ CEDH, 27 mai 2004. Avant elle, la question était déjà revenue dans l'affaire des populations Sami sans grande portée. CEDH, 03 octobre 1983 et 25 novembre 1996. Sur l'évolution de la jurisprudence européenne et américaine, vr. D. Farget, *La protection des modes de vie traditionnels dans les contentieux internationaux des droits de l'Homme*, www.gdm.eurominority.org.

⁹ Sur l'évolution de la notion de liberté, vr. D. Alland et S. Rials (Sous dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrigue Lamy, PUF, 1^{ère} éd., 2003, *Liberté*, pp. 945 s.

¹⁰ J. Rivero, *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, Paris, PUF, col. Thémis, t. 1, 6^{ème} éd., 1994, p. 20.

civile ou politique¹¹, la liberté est retenue comme l'état d'une personne qui n'est pas soumise à la servitude¹². Elle est généralement assimilée au libre arbitre, qui évoque plus directement l'idée choix. Le choix, lui, est la faculté d'adopter par préférence, de sélectionner ou d'élire¹³. Il suppose l'existence de plusieurs alternatives. Sa relation avec la liberté n'est pas pour simplifier la compréhension des notions. Quand pour certains être libre c'est avoir le choix, pour d'autres, la liberté ne se réduit pas au choix car le contenu du choix échappe à notre libre arbitre. Si être libre permet d'effectuer un choix, un choix peut ne pas être libre. On peut donc comprendre le besoin de rassembler les deux termes pour donner naissance à la liberté de choix. L'on revient ainsi au *liberum arbitrium* qui, selon Hannah Arendt, «*arbitre et décide entre deux données, l'une bonne et l'autre mauvaise, et dont le choix est prédéterminé par un motif qui n'a besoin que d'être invoqué pour commencer à opérer*»¹⁴. Celui-ci s'affirme en économie et se définit par la quantité d'opportunités qu'un individu est en mesure de réaliser¹⁵.

En droit, sans se désintéresser des débats sur la liberté et le choix, l'on a abordé ces derniers dans un sens différent. D'abord, il est inopportun d'accoler à la liberté la notion de choix, la première impliquant la plupart du temps la seconde¹⁶. Nous retiendrons avec Rivero que «*la liberté est un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel*»¹⁷. Etre libre consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui conformément aux prescriptions de l'organisation politique

¹¹ Sur ces trois libertés, vr. A. Cuvillier, *Vocabulaire philosophique*, Paris, Armand Colin, 1956, Liberté; H. Arendt, *La crise de la culture*, Gallimard, col. Folio/Essais, 1994, p. 196.

¹² Vr. Le Petit Larousse 2010, Liberté; Littré, cité par J. Rivero, *op.cit.*, p. 20.

¹³ Vr. Le Petit Larousse 2010, *Choix*.

¹⁴ H. Arendt, *op.cit.*, p. 196.

¹⁵ J. Wittwer, *La liberté de choix. Une mesure alternative au bien-être*, Revue Economique, n° 5, vol. 449, 1998, p. 1228. Friedman ajoute que les deux alternatives sont la voie de la servitude matérialisée par le champ d'action du gouvernement et la voie de la coopération volontaire entre les individus, meilleure voie possible. Vr. M. et R. Friedman, *La liberté de choix*, Paris, Belfond, 1980, p. 19.

¹⁶ Ainsi, la liberté de se marier implique la liberté de choisir de ne pas se marier ou de choisir librement son partenaire; la liberté contractuelle s'entend de la liberté de ne pas contracter ou de choisir son cocontractant; la liberté de commerce signifie l'exercice du commerce de son choix...

¹⁷ *Idem*. Le dictionnaire Larousse définit la liberté comme l'état d'une personne qui n'est pas soumise à la servitude. Vr. Le Petit Larousse 2010, Paris, Larousse, 2009, *Liberté*.

et sociale¹⁸. Ainsi, plutôt que d'essayer de circonscrire un principe de liberté, nous rappelle-t-on, le droit s'attache à consacrer les principales facettes de la liberté en adaptant la formulation au contexte¹⁹. Les règles religieuses, morales, ou éthiques, de même que les aspirations philosophiques et idéologiques sont abandonnées au profit de la reconnaissance et de la protection par le droit positif de certains droits qualifiés de libertés publiques ou fondamentales²⁰. La liberté se trouve dès lors éclaté en libertés que la doctrine tente tant bien que mal de regrouper. Mais les exigences des hommes, toujours forte dans ce domaine, se portent vers une liberté de choix de mode de vie à laquelle nous substituerons volontiers l'expression «liberté de mode de vie». L'expression «liberté de choix de mode de vie», impropre au langage juridique, est le fruit du discours social, que nous n'avons pas voulu trahir, pour mieux le rectifier. Ce discours, révélé par le postmodernisme, est à même de nous éclairer sur la genèse d'une telle liberté.

La mobilisation autour d'une liberté de mode de vie est récente en raison de l'apparition tardive de la notion de mode de vie qui traduit à la fois le style de vie ou *lifestyle* et un certain nombre de valeurs et de pensées. Elle renvoie à la manière habituelle d'agir, de faire et de penser autour des valeurs d'un individu ou d'un groupe²¹. Elle s'est essentiellement développée dès le début de l'ère postmoderne ouverte à partir de la fin du XIX^e siècle par la perte de confiance dans les valeurs de la modernité et les transformations qui ont affecté les règles de jeux de la science, de la littérature et des arts²². Le postmodernisme prône alors des valeurs telles que la logique de consommation, le self-service, le culte du présent, la résistance aux forces extérieures, l'éclectisme, la règle de l'éphémère, la fragmentation de l'individu et de la société²³. Avec Boisvert, l'on apprend que le

¹⁸ D. Alland et S. Rials (Sous dir.), *op.cit.*, p. 947.

¹⁹ D. Alland et S. Rials (Sous dir.), *op.cit.*, p. 949.

²⁰ Vr. J. Rivero, *op.cit.*, p. 22; C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 1989, p. 2 s.; L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, n^os 56 s.

²¹ Le Petit Larousse 2010, Mode; Wikipédia, L'Encyclopédie libre, Mode de vie, www.wikipédia.org, consulté le 21 juin 2014.

²² J.-F. Lyotard, *La condition Postmoderne*, Paris, les Editions de Minuit, col. Critique, 2005, p. 7.

²³ Y. Boisvert, *Le monde postmoderne, analyse du discours sur la postmodernité*, l'Harmattan, 1996, pp. 84-85.

fétichisme du choix personnel engendre l'intolérance à l'égard de toute forme d'autorité qui persiste dans sa volonté d'imposer à tout prix ses grandes valeurs²⁴; d'où l'avalanche des revendications individuelles en faveur des droits et libertés branchés sur la vénération des différences. Les problématiques sur l'avortement, l'homosexualité, la prostitution, l'homoparentalité, le suicide, l'euthanasie, la parité, pour ne citer que celles-là, reviennent avec force au nom de la liberté de choisir son mode de vie. Pour cause, cette dernière s'inscrit, dans le sillon de la consommation, comme un agent de personnalisation de l'individu qui l'aide à choisir et changer les éléments de son mode de vie²⁵.

Une telle vision de la société s'accompagne assurément de critiques et de contrastes²⁶. Il est pourtant indiscutable qu'elle révèle des bouleversements profonds nourris en occident²⁷ et généralisés jusqu'à atteindre les sociétés africaines. D'aucun pourrait objecter que traiter de la liberté de mode de vie nous éloigne des vrais problèmes économiques et sociaux; qu'il ne s'agit que de distraction peu sérieuse. A quoi, nous répondons, à la suite de Fabre et Fassin, que l'on parle là d'un enjeu politique et juridique essentiel susceptible d'aider la personne à se réaliser et réaliser la société²⁸. Nous ajouterons, en empruntant les termes de G. Hosein qu'il est essentiel à l'efficacité du gouvernement dans un processus de développement qui a pour objectif de promouvoir le bien-être et la liberté des personnes de choisir leurs conditions de vie²⁹.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ A propos de quelques critiques du postmodernisme,

²⁷ Le débat sur les questions de mœurs et sur toute autre question relative au mode de vie a débuté aux Etats-Unis dans les années 1970 avant de gagner l'Europe. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle plusieurs expressions en la matière sont d'origine anglo-saxonne: *gay*; *gender*; *lifestyle*; *coming out*; *outing*; etc. L'élargissement du harcèlement sexuel, l'intégration des homosexuels, la relativité de la pornographie ont eu pour effet de déloger de tels enjeux du devant de la scène. Vr. C. Fabre et E. Fassin, *op.cit.*, pp. 21-25.

²⁸ En parlant spécifiquement des questions sexuelles, les auteurs reconnaissent que certains gouvernements ont espéré les utiliser pour détourner l'opinion. Cela n'enlève rien à leur véritable nature de politique symbolique qui se vérifie à deux niveaux: elles touchent la vie de certains et elles touchent tout le monde par les débats passionnés qu'elles soulèvent. Vr. C. Fabre et E. Fassin, *op.cit.*, p. 35.

²⁹ G. Hosein, *La protection de la vie privée dans les pays en voie de développement*, rapport du commissariat à la protection de la vie privée du Canada, septembre 2011,

Dès lors, fruit ou pas de la mondialisation sauvage³⁰, bon gré mal gré³¹, le mode de vie reflète une crise qui nous force à revoir les fondements de nos institutions, au risque de la laisser gagner du terrain et fragiliser encore plus le continent. Comme l'a dit Hannah Arendt, «une crise ne devient catastrophique que si nous y répondons par des idées toutes faites, c'est-à-dire par des préjugés. Non seulement une telle attitude rend la crise plus aigüe mais encore elle nous fait passer à côté de cette expérience de la réalité et de cette occasion de réfléchir qu'elle fournit»³². Dans ce sens, pourrait se dessiner l'idée d'une réforme, ou plus précisément d'une régénération, en vue d'adapter le droit à l'évolution des mœurs³³. Mais il ne s'agit pas de céder aux évolutions parfois erratiques de la société. Une régénération nécessite un travail en profondeur, long et minutieux, s'accompagnant de méthodes telles que l'enquête et le sondage, afin que la loi soit véritablement à la fois expression de la volonté générale, pérenne et efficace³⁴. Or dans nos Etats, les données actuelles sur les modes de vie sont trop incertaines pour qu'on puisse ériger un comportement en règle. De

www.priv.gc.ca Il part de la vie privée pour étendre la réflexion à tous les droits de la personne.

³⁰ L'on reproche à l'Afrique d'accueillir les «*flibustiers de la mondialisation sauvage*» avec leurs bagages remplis de drogue, médicaments illicites, trafic humain, tourisme sexuel, dépravation des mœurs... «*Le continent est la métaphore vivante, l'utopie accomplie du 'laisser faire', et surtout du 'laisser passer'.*» Vr. Bolya, *Afrique, le maillon faible*, Paris, éd. Le Serpent à Plume, Col. Serpent Noir, 2002, p. 15.

³¹ Des études montrent que les Facebook et les Google prennent rapidement de l'expansion dans les pays en voie de développement qui sont aujourd'hui responsables d'environ 45 % des abonnements à large bande sur la planète. Cela aggrave l'exposition aux modes de vie étrangers. Vr. G. Hosein, *op.cit.*

³² H. Arendt, *La crise de la culture*, Gallimard, col. Folio/Essais, 1994, p. 225.

³³ Bart fait la distinction entre la réforme et la régénération. Ce qu'on appelle réforme aujourd'hui ne serait qu'une régénération, c'est-à-dire, naissance nouvelle, perfectionnement, progression. La réforme quant à elle signifie restituer, rétablir dans un état antérieur, réduire les choses aux premières règles de l'institution. Vr. J. Bart, *La Loi, les Mœurs. L'enjeu de la codification*, in "Droit et société", n° 14, 1990, pp. 46-47.

³⁴ Dans certains domaines, on suggère même les techniques géographiques. Vr. R. A. Macdonald et I. Deschamps, *Planimétrie et topographie en droit des sûretés*, in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, M. Behar-Touchais (sous dir.), Paris, Economica, col. Etudes Juridiques.

plus, celles qui existent sont discréditées en même temps que toutes les autres statistiques qui portent sur l'Afrique³⁵.

Fort de ce constat, la question qu'il convient de se poser n'est plus celle du pourquoi, mais du comment. Comment donner un sens à la liberté de mode de vie respectueux en même temps des mœurs ancestrales qui semblent encore prévaloir en Afrique et des identités culturelles polymorphiques émergentes ?

Pour répondre à cette question, le registre sociologique, comparatif et ethnologique du droit dans lequel nous inscrivons notre sujet nous a fait aller au-delà de l'exégèse, pour explorer les analyses de la doctrine, recueillir les informations dans la presse et les instruments de propagandes que sont le cinéma, la radio, la télévision et les réseaux sociaux. Nous en sommes venus à élaborer l'hypothèse que c'est la loi seule qui pourrait donner forme à la liberté de mode de vie, afin d'éviter qu'elle ne s'enlise définitivement dans une récupération idéologique contraire à toute approche scientifique, objective et rigoureuse³⁶. Notre objectif n'est donc pas d'inviter à la table du législateur tel ou tel comportement, mais un dénominateur commun à toutes les revendications et leurs contradictions: la liberté de choix de mode de vie. Cela ne rend pas plus aisée notre tâche dans la mesure où l'on aborde une liberté qui comporte une bonne dose de sensibilité et de jugements de valeurs. Heureusement, le voile juridique nous permet de résister à la tentation du parti pris et garder à l'esprit que *«ce sont les lois qui façonnent les mœurs des peuples aux vertus de la liberté ou aux vices de l'esclavage»*³⁷.

Il est donc possible de dessiner les assises juridiques de la liberté de mode de vie. Leur prise en compte reste l'un des défis actuels des Etats africains auxquels nous nous proposons d'apporter notre contribution, aussi infime soit-elle, à l'édification de sociétés justes et prospères, en indiquant les pièges à éviter (I) et les voies à suivre (II).

³⁵ J.-P. Pougala, *Voici pourquoi toutes les statistiques sur l'Afrique sont fausses*, Leçon de géostratégie n° 62, 6 octobre 2013, www.legrandsoir.info.

³⁶ Comme le fait remarquer Latour et Pauvert, c'est l'une des difficultés de toutes les libertés publiques, à côté de leur caractère évolutif et de l'interdisciplinarité. Vr. X. Latour et B. Pauvert, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Studyrama, Col. Panorama du droit, 2006, p.13.

³⁷ Vr. J. Bart, *La Loi, les Mœurs. L'enjeu de la codification*, in *Droit et société*, n° 14, 1990, p. 48.

I. Les pièges à éviter

Un peu partout, l'histoire des libertés fait apparaître des appels passionnés et des restrictions brutales d'intensités variables. Ainsi, l'on note que les Etats-Unis, la France, le Royaume-Uni, le Kenya, l'Algérie, le Cameroun, l'Afrique du Sud, à titre d'exemples, ont à un moment donné connu une phrase de crise ou de revendication exacerbée de liberté face à sa trop forte limitation³⁸. Même avec la reconnaissance aujourd'hui d'une pléthore de libertés, leur question reste toujours d'un grand intérêt, à une donnée près: l'heure est à l'apogée de la culture de masse, où les hommes sont dominés plus par des sentiments irréfléchis que par des idées exactes et nuancées³⁹. Malheureusement, l'on souligne que l'atmosphère des masses est nuisible au développement des libertés qui signifient avant tout «*indulgence et tolérance, s'accompagnant souvent d'une certaine attitude de scepticisme.*» Dans un tel contexte, deux attitudes doivent être évitées lorsqu'on veut identifier le contenu juridique d'une liberté: un retour à la case départ par l'étouffement de ladite liberté (A) et une fuite en avant par la sacralisation de celle-ci (B).

A. L'étouffement

Pour trancher avec les débats philosophiques autour de la conception jus naturalistes⁴⁰ des libertés, la doctrine majoritaire considère que les libertés publiques ou encore libertés fondamentales⁴¹, peu importe

³⁸ C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 1989, p. 6.

³⁹ C.-A. Colliard, *op. cit.*, p. 7. Il est incontestable que la curiosité culturelle s'est émoussée, la télévision, l'internet, le téléphone et le cinéma entraînent l'uniformité des réactions et la civilisation de l'image devient de nature à paralyser la pensée, tel que nous décrit l'auteur. Il s'agit là de l'aspect social de la crise des libertés publiques, à côté des causes technique et économique. Sur la question de la culture de masse, lire H. Arendt, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁰ Il s'agit surtout du débat qui a permis de distinguer les droits de l'homme des libertés publiques. Les premiers sont inhérents à la nature humaine – peu importe que le droit positif les consacre ou pas – et ne peuvent être méconnus sans porter atteinte à celle-ci. Dès lors, les libertés publiques sont «des droits de l'homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l'Etat ont insérés dans le droit positif.» Vr. J. Rivero, *op. cit.*, t. 1, p. 24.

⁴¹ La doctrine récente rappelle que l'appellation «liberté publique» a évolué vers celle de «liberté fondamentale». Cette dernière a le mérite de dépasser les concepts et principes de base du droit administratif pour s'opposer aux trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, et même aux institutions supranationales. Vr. L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p. 2.

aujourd'hui, sont des droits reconnus à l'individu par le droit positif⁴². L'intérêt de la consécration est d'assurer la garantie de ces libertés. En effet, considérer les libertés comme «*des droits naturels et ajouter que le législateur a le devoir de les protéger contre toute atteinte, ne constitue pour les gouvernés aucune garantie*»⁴³. La technique de reconnaissance varie d'un Etat à un autre. Elles peuvent relever de la Constitution ou de la loi ordinaire. Au Cameroun, on est allé dans le sens de la constitutionnalité des libertés dont le régime est précisé par divers textes inférieurs. Nulle part cependant n'a été citée la liberté de mode de vie.

De manière générale, on la ramène au droit à la vie privée au côté du droit à l'intimité, de se marier ou pas⁴⁴. La liberté de mode de vie protégerait le volet sexuel du droit à la vie privée⁴⁵. Ce rattachement est le fruit de l'extension du droit à la vie privée fortement critiquée. Du «*droit d'être laissé seul*», il est devenu le réceptacle de toutes les manifestations à caractère personnel relatifs à la vie de l'individu⁴⁶. Finalement, il s'entend de «*la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre, et qu'il est maître d'interdire à autrui*»⁴⁷. Il garantit la vie de l'individu contre toute intervention subie et non choisie. Il concerne une sphère au sein de laquelle toute personne peut librement s'efforcer de développer sa personnalité et s'épanouir⁴⁸. Dès lors, il englobe le droit à l'image, le secret de la correspondance et de l'état de santé, la protection du domicile, de la vie sentimentale, conjugale et familiale... Dans la

⁴² L. Favoreu et al., *op. cit.*, n° 129; J. Rivero, *op. cit.*, t. 1, p. 29; C.-A. Colliard, *op. cit.*, p. 18.

⁴³ C.-A. Colliard, *idem*.

⁴⁴ J.-M. Tchakoua, *Introduction générale au droit camerounais*, Yaoundé, Presses de l'UCAC, p. 159; X. Latour et B. Pauvert, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Studyrama, Col. Panorama du droit, 2006, p. 158.

⁴⁵ Après avoir identifié les modes de vie comme relevant de la vie privée, les auteurs la limitent aux pratiques affectives et sexuelles sous réserve des interdits légaux, notamment la pédophilie et l'inceste. Vr. X. Latour et B. Pauvert, *op. cit.* p. 158.

⁴⁶ O. De Schutter, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, Rev.trim. dr. h., 1999, p. 828.

⁴⁷ J. Rivero, *Les libertés publiques. Le régime des principales libertés*, Paris, PUF, t. 2, 4^e éd., 1989, p. 76.

⁴⁸ U. Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Précis sur les Droits de l'Homme, n° 1, 2003, p. 10.

jurisprudence européenne, sa protection dépasse le cadre intime pour s'étendre aux relations avec l'extérieur⁴⁹ et s'identifie au pouvoir de mener sa vie comme on l'entend⁵⁰.

A notre avis, ce pouvoir serait plutôt la liberté de mode de vie, et non le droit à la vie privée. En considérant le mode de vie comme la manière générale dont un individu ou un groupe vit au quotidien, on y voit à la fois la vie privée et sociale. Le droit de choisir son mode de vie est plus vaste que le droit à la vie privée. Celui-ci permettrait, en amont, à l'individu d'orienter sa vie, laquelle serait par la suite protégée de l'immixtion des tiers.

Nous sommes également d'accord avec l'idée selon laquelle le droit à la vie privée se résume aussi simplement que possible au droit de chacun de vivre à l'abri des regards étrangers⁵¹. L'aspect sexuel auquel on ramène la liberté de mode de vie est plutôt la manifestation de la liberté sexuelle, corollaire du droit à la vie privée. En effet, il ne faut pas croire que le mode de vie se limite aux aspirations sexuelles, comme une certaine jurisprudence renforcée par l'opinion générale, pourrait laisser sous-entendre⁵². La notion de mode de vie est relative à l'existence même de la personne dans son intimité et au sien de la communauté. Elle le suit et échappe difficilement au regard des autres.

Dans la même logique, l'on peut critiquer l'élargissement de la vie privée à la protection du mode de vie des groupes minoritaires⁵³. C'est un véritable forçage qui résulte de l'appréhension du mode de vie seulement dans sa manifestation individuelle. Or, il a été relevé que cette dernière a également un volet collectif qui, malheureusement, ne se limite encore qu'aux populations autochtones⁵⁴. Même à ce niveau, ce n'est pas une liberté autonome qui est protégée. En arguant du caractère vivant et

⁴⁹ Niemietz c/Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, cité par U. Kilkelly, *op. cit.*; O. De Schutter, *op. cit.*, p. 829.

⁵⁰ Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 23 janvier 1970 citée par O. De Schutter, *op. cit.*, p. 831.

⁵¹ L. Favoreu et al., *op. cit.*, n° 533.

⁵² Cour eur. dr. h., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, §52; arrêt Norris c. Irlande du 26 octobre 1988; arrêt Modinos c. Chypre du 22 avril 1993; arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, §36, cités par O. De Schutter, *op. cit.*, p. 829.

⁵³ O. De Schutter, *ibid.*, p. 830.

⁵⁴ D. Farget, *La protection des modes de vie traditionnels dans les contentieux internationaux des droits de l'Homme*, www.gdm.eurominority.org.

extensible des droits de l'homme⁵⁵, l'on s'appuie sur la protection de la diversité culturelle ou des minorités pour protéger les modes de vie traditionnels des individus qui peuvent agir collectivement. Raison pour laquelle il a été suggéré, au regard de la constance de la problématique devant les juridictions internationale en la matière, la consécration d'une liberté de mode de vie qui appartiendrait à la fois aux individus et aux groupes⁵⁶. Si la solution nous semble acceptable du point de vue des titulaires, elle se limite malheureusement à un mode de vie particulier, celui traditionnel. Pourtant, tous les modes de vie minoritaires ou non, traditionnels ou modernes, doivent être protégés au nom de l'égalité.

Le droit à la vie privée dans sa conception restrictive ou extensive, s'avère insuffisant pour contenir le mode de vie. Le risque est alors grand de l'inclure directement dans la notion même de liberté.

B. La sacralisation

L'existence d'une kyrielle de libertés ne signifie pas l'effacement de la liberté conçue comme unique. Presque toutes les Constitutions au monde l'érigent en droit naturel et imprescriptible de l'homme traduit dans le droit positif. Celle-ci reste la toile de fond à laquelle s'attachent toutes les libertés dont l'individualisation peut être justifiée par deux raisons. Premièrement, toutes les libertés ne sont pas essentielles au développement de l'individu et ce sont celles jugées comme telles qui méritent une protection. Il en est de même deuxièmement pour les libertés qui sont les plus menacées⁵⁷. Pour le reste, il faut croire que la liberté globale suffit. L'on a suggéré, sans succès évidemment, qu'il en soit de même pour la vie privée, difficile à délimiter⁵⁸. Nous remarquons aussi que c'est un peu l'idée que le langage courant retient

⁵⁵ Les cours européenne et américaine des droits de l'homme affirment que les conventions internationales dont elles assurent le respect sont des instruments vivants et par conséquent soumis à une interprétation évolutive. Vr. D. Farget, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁶ *Ibid.* p. 9.

⁵⁷ J. Rivero, *op. cit.*, t. 1, p. 30.

⁵⁸ Les partisans de cette idée sont Fr. Rigaux et M. S. Gutwirth, cités par O. De Schutter, *op. cit.*, p. 839. En France et au Cameroun, la liberté et le droit à la vie privée restent encore distincts. Par contre, la séparation n'est pas très nette entre liberté individuelle et vie privée, cette dernière étant généralement considérée comme une liberté individuelle.

du mode de vie actuellement⁵⁹. Cette position n'est pas dénuée d'intérêts. En effet, la liberté est rangée au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme; ces droits qu'on ne peut méconnaître sans porter atteinte à la nature humaine et qui n'ont pas besoin de consécration, du moins pour ceux qui en acceptent le principe⁶⁰. La liberté est de ce fait un socle indépassable par les autres individus et par l'Etat et qui permet à la personne de faire tout ce qui ne lui est pas interdit. Les constitutions de plusieurs Etats, à la suite de divers textes internationaux, n'hésitent pas à l'affirmer⁶¹. Cela entraîne plusieurs conséquences. Sur le plan de la garantie de son respect, la constitutionnalisation de la liberté accroît sa garantie en ce sens que tant le juge ordinaire que le juge constitutionnel peut connaître de sa violation. Son respect est assuré par d'importants mécanismes nationaux et internationaux⁶². Sur le plan de la limitation, la sacralisation de la liberté veut dire qu'il revient à l'Etat de prouver la légitimité, les caractères approprié et nécessaire de son intervention⁶³.

De ce fait, ranger le mode de vie au sein de la liberté, c'est non seulement éviter de se préoccuper de sa définition, le droit n'intervenant que lorsque l'exercice que l'individu fait de cette liberté entre en conflit soit avec d'autres libertés individuelles, soit avec l'intérêt général; mais aussi étendre le domaine de compétence du juge. Toutefois, c'est oublier que la conception de la liberté reste purement théorique jusqu'à ce qu'un ensemble de libertés lui donne sens. Dans la plupart des systèmes juridiques,

⁵⁹ En France depuis 2012, la situation de quelques familles ayant décidé de vivre dans des yourtes défraient la chronique. Dans les communiqués postés sur les blogs, on peut lire en titre: «La liberté c'est choisir son mode de vie».

<http://www.macabane.info/spip.php?article166>; <http://democratie-reelle-nimes.over-blog.com>; www.dolecologie.com.

⁶⁰ Sur l'accueil des droits de l'homme en Afrique, lire K. Mbaye, *Les droits de l'homme Afrique*, Paris, éd. A. Pedone, 1992 et M. Kamto, *L'énoncé des droits dans les constitutions des Etats africains francophones*, *RJA*, n° 2-3, PUC, 1991. Des courants contestataires des droits de l'homme existent et relativisent leur utilité et leur portée universelle. Sur les différentes doctrines, vr. L. Favoreu et al., *op. cit.*, pp. 47 s; P. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, Bibliothèque de droit public, t. LXXVI, *LGDJ*, 1968, pp. 13-14.

⁶¹ Au Cameroun, on peut lire dans le préambule de la Constitution que la liberté est garantie à chaque individu dans le respect des droits d'autrui et le l'intérêt supérieur de l'Etat.

⁶² C'est l'inscription de la liberté et ses dérivés dans les textes les plus élevés qui a donné naissance à la notion de liberté fondamentale. Vr. L. Favoreu et al., *op. cit.*, n° 69.

⁶³ O. De Schutter, *op. cit.*, p. 846.

l'affirmation du caractère sacré de la liberté est suivie de l'énoncé des normes de rattachement. Il faut ajouter à cela que «la liberté» dégagée par les textes nationaux et internationaux se limite à une liberté individuelle. Ainsi, lorsque le constituant camerounais affirme par exemple que la liberté et la sécurité sont garanties aux individus, c'est du principe de la liberté individuelle qui recouvre les libertés physiques et les libertés intellectuelles⁶⁴ dont il est question, et non d'une notion vague et fourretout.

En ce qui concerne un mode de vie qui échapperait à la censure du droit parce que relevant d'une liberté sacrée, O. De Schutter observe, pour paraphraser Kelsen, que tout ce «*que l'on croit extérieure à la sphère du droit est en réalité touchée par elle, pourvu qu'on la considère du point de vue juridique*»⁶⁵. Bien plus, croire que la liberté de mode de vie est une liberté qui n'intéresse que l'individu pourvu qu'elle n'entre pas en contradiction avec la liberté d'autrui et que l'Etat doit prouver la nécessité de son intervention, c'est réduire celle-ci à la valeur théorique de la liberté. Autrement, comment peut-on prouver que son mode de vie n'affecte pas la liberté de l'autre ? S'il arrive qu'une telle preuve lui soit demandée, c'est justement en raison de ce que les choix personnels «*ont suscité la curiosité, l'émoi ou la réprobation d'autrui*» et ont été ressentis «*par celui qui les réprouve comme une atteinte particulièrement grave aux valeurs que lui-même juge essentielles*»⁶⁶, c'est-à-dire à sa liberté, à moins qu'on ne limite la liberté à un intérêt purement matériel.

Finalement, la liberté en elle-même manque de protection effective⁶⁷. Du côté de la doctrine, l'on reste majoritairement réfractaire à sa dilution⁶⁸. Elle doit rester en amont la source de tous les droits. Définie comme «*le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi*», la liberté est en principe inconditionnée, c'est-à-dire qu'elle existe sans qu'il faille pour cela que certaines conditions d'applicabilité soient satisfaites⁶⁹. On ne peut donc laisser la liberté de mode de vie être logée à cette enseigne. La solution qui reste est de donner un contenu juridique autonome au mode de vie, des

⁶⁴ Pour cette subdivision, vr. X. Latour et B. Pauvert, *op. cit.*, p. 131 s.

⁶⁵ O. De Schutter, *op. cit.*, p. 847.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 848.

⁶⁷ L. Favoreu et al., *op. cit.*, n° 55.

⁶⁸ *Ibidem*, n° 216.

⁶⁹ P. Roubier cité par O. De Schutter, *op. cit.*, p. 844.

«arêtes vives», qui permettront de le reconnaître et de savoir l'objet auquel il tend⁷⁰.

II. Les voies à explorer

Le malheur des droits et libertés fondamentaux⁷¹ c'est qu'ils sont continuellement menacés. A l'origine par le pouvoir politique et le pouvoir de l'argent, au fil du développement par les pouvoirs médiatique et scientifique⁷², continuellement par eux-mêmes⁷³. Si les libertés sont à la mode et qu'il est de bon ton de les proclamer, de les évoquer et de les admirer, mal ou peu encadrées, elles deviennent des dangers. Danger d'abus par un exercice irrationnel⁷⁴, danger de perte de sens et d'efficacité par une dilatation des notions⁷⁵. La solution généralement proposée par la doctrine pour réduire les risques d'inefficacité des libertés définies est de procéder à l'émancipation des libertés dérivées. Une telle alternative doit être retenue relativement à la liberté de mode de vie. A l'allure où se développe le concept de mode de vie, une réglementation autonome doit être pensée, afin de fixer le cadre de sa protection (A) et évidemment ses limites (B).

⁷⁰ L'expression est empruntée à Roubier qui l'utilise pour définir le droit par O. De Schutter, *op. cit.*, p. 844.

⁷¹ Nous n'allons pas nous attarder sur la distinction entre libertés publiques et droits fondamentaux, ainsi que sur leur subdivision en fonction des branches de droit. Les auteurs nous font comprendre que les droits fondamentaux couvrent un champ beaucoup plus vaste et constituent un système indépendant des disciplines. Vr. L. Favoreu et al., *op. cit.*, p. 2;

⁷² Vr. C.-A. Colliard, *op. cit.*, pp. 6-10.

⁷³ Rivero souligne que «*la nécessité de limiter les libertés pour en rendre possible l'exercice simultané découle des contradictions internes qu'elles portent en elles-mêmes.*» Les contradictions peuvent se manifester au sein d'une même liberté. Dans ce cas, son exercice par les uns apparaît à d'autres comme une atteinte à la leur. Elles peuvent aussi exister entre plusieurs libertés, les unes ne pouvant s'exercer sans que les autres soient compromises. Vr. Rivero, *Les libertés publiques. Les droits de l'homme, op.cit.*, t.1, pp.198 s.

⁷⁴ Nous pouvons citer l'exemple de la liberté de religion qui est devenu dans plusieurs Etats un pis-aller. Vr. P. J. Lowe Gnintedem et M. D. Kodjo Gnintedem, *Le droit et la liberté de religion au Cameroun*, Annuaire Droit et Religions, vol. 7, Années 2013-2014, pp. 373-390.

⁷⁵ On a pu constater que le droit à la vie privée est en perte d'efficacité en raison de l'extension de son contenu. Vr. O. De Schutter, *op. cit.*; vr. aussi, L. Favoreu et al., *op. cit.*, n° 216, pour les inconvénients d'une approche extensive de la notion de liberté individuelle.

A. La protection de la liberté de mode de vie

L'intérêt de la protection de la liberté de mode de vie n'est plus à démontrer. Sur le plan de la cohérence juridique, elle viendrait atténuer la complexité des libertés dans lesquelles on a tendance à l'insérer. Elle élargirait de ce fait la gamme des libertés individuelles et offrirait une meilleure protection de chacune d'elle. Ainsi, celui qui se verrait reprocher son nomadisme, à défaut de la liberté de domicile ou de celle d'aller et venir, pourrait évoquer la liberté de mode de vie.

En même temps, aussi paradoxal que cela puisse paraître, elle mettrait fin à l'émiettement des libertés et allègerait la tâche du législateur. Le concept de mode de vie regroupe en effet divers aspects qui font aujourd'hui l'objet de revendication isolée. Son contenu le révèle comme la manière habituelle de faire, d'être et de penser. C'est le comportement quotidien d'une personne ou d'un groupe⁷⁶. Il ne s'agit pas seulement des aspirations sexuelles, mais du pouvoir d'achat, des manières de consommer, de se distraire, de se cultiver, de s'habiller... Au risque d'être redondant, c'est toute la vie de l'individu ou du groupe qui est concernée par le mode de vie. Avec lui, le concept de minorités tant à disparaître puisqu'on assiste à une explosion de la diversité au sein des sociétés, faisant de l'homme à lui tout seul un véritable microcosme.

L'on peut prendre à notre compte les intérêts évoqués pour appeler à la consécration du droit au mode de vie traditionnel pour appeler à l'autonomisation de la liberté de mode de vie. Sur un plan macro, il est dit qu'un tel droit viendrait sécuriser l'existence de certains Etats sous la menace de revendications séparatistes, et même, protéger la paix et la sécurité internationale, en éliminant les risques d'oppression⁷⁷. Il participerait aussi de la sauvegarde de la diversité culturelle et du droit à la différence⁷⁸. Seulement, comme nous l'avons souligné plus haut, la liberté de mode de vie ne saurait se limiter aux populations traditionnelles. Elle a une dimension individuelle et collective. Pour l'individu, il s'agit d'adhérer ou non au style de vie de la communauté, d'inventer une nouvelle façon d'être. Sur le plan collectif, elle protège un ensemble d'individus qui

⁷⁶ Vr. Wikipédia, *L'Encyclopédie libre*, Mode de vie, www.wikipédia.org

⁷⁷ D. Farget, *La protection des modes de vie traditionnels dans les contentieux internationaux des droits de l'Homme*, www.gdm.eurominority.org, p. 9.

⁷⁸ *Ibidem*.

choisissent de vivre suivant les mêmes principes et valeurs. En ce sens, la notion de mode de vie n'est pas très loin de celle de mœurs que l'on définit aussi comme la manière d'être, de vivre, de penser qui caractérise les membres d'une société⁷⁹.

Un arrêt sur les mœurs, problématique constante, a conduit plus d'un à poser le constat de leur pression sur le droit⁸⁰. S'appuyant sur les fondements de la démocratie, certains groupes d'acteurs sociaux tentent de faire inscrire dans le droit ce qui est déjà établi dans les mœurs. Avec eux, c'est une nouvelle forme de droits de l'homme qui naît: «les droits mœurs»⁸¹. Cependant, nous pouvons émettre quelques réserves sur l'avenir d'une telle catégorie. A la différence des droits fondamentaux, les droits de l'homme ont une connotation politico-morale et idéologique qui relativise leur efficacité. De plus la notion de mœurs reste une notion délicate en droit où l'on préfère uniquement «*les bonnes mœurs*». En passant par la liberté de mode de vie, l'on pourrait plus facilement traiter des droits-mœurs sans ainsi les nommer. Il s'agit en quelque sorte de l'habillage juridique d'une revendication sociale.

Mais vouloir vêtir efficacement une règle sociale du vêtement juridique en ce qui concerne les libertés n'est pas sans contrepartie. La première et la plus importante, c'est l'abandon de la fonction législative au législateur qui, à défaut d'anticiper, doit prendre acte, même avec retard comme c'est souvent le cas⁸², de l'évolution des mœurs. L'on revient inévitablement au principe de légalité. La loi, de par sa procédure d'élaboration, longue et minutieuse et de par ses caractères général et impersonnel est la première garantie des libertés. L'article 26 (1a) de la Constitution camerounaise prévoit à cet effet que sont du domaine de la loi:

«Les droits, garanties et obligations fondamentaux du citoyen:

1. La sauvegarde de la liberté et de la sécurité individuelles;

2. Le régime des libertés publiques;

3. Le droit du travail, le droit syndical, le régime de la protection sociale;

⁷⁹ Dictionnaire, p. 1034, citant F. Bourricaud.

⁸⁰ D. Alland et S. Rials (sous dir.), *op. cit.*, p. 1036.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² C'est du moins la conclusion que tire Bart, *op. cit.*, p. 52.

4. *Les devoirs et obligations du citoyen en fonction des impératifs de la défense nationale*». Il s'agit ici de la loi au sens strict du terme à laquelle on ajoute la loi constitutionnelle, les principes généraux de droit et dans une certaine mesure les règlements⁸³. Les autres garanties relèvent des différents recours juridictionnels et non juridictionnels dont dispose les citoyens.

La deuxième limite, qui est la conséquence de la première, c'est de s'attendre à une liberté certes garantie, mais assurément limitée.

B. Les limites de la liberté de mode de vie

Le 9 mai 2006, le tribunal de grande instance de Francfort condamne à la réclusion criminelle à perpétuité Armin Meiwes, un homme sain d'esprit ayant mangé son amant. Jusqu'à la sentence, la juridiction a été confrontée à la question de savoir s'il y a assassinat alors que la victime était consentante et se livrait aux pratiques cannibales unanimement choisies et non prévues par le Code pénal allemand. Le procès fait découvrir aux allemands un monde insoupçonné de fantasmes humains tandis que le juge soutient que l'accusé s'est rendu coupable « d'un comportement rejeté par notre société, en l'occurrence le fait de tuer et dépecer un être humain » pour le manger⁸⁴. Le 12 mars 2013, la police camerounaise sauve les adeptes d'une secte d'un lynchage populaire. Ces derniers, n'appartenant à aucune religion reconnue, avaient décidé de vivre en reclus. Le décès de l'un d'eux met à jour une communauté où le gourou jouait le rôle d'officier d'état civil, d'enseignant et d'infirmier pour les sept femmes et les 30 enfants que comptait le clan⁸⁵. Le 19 novembre 2013, le ministre de la promotion de la femme et de la famille signe, avec les ministres de la communication, des arts et de la culture et le ministre délégué de l'administration territoriale et de la décentralisation, une lettre de sensibilisation aux populations camerounaises pour un retour de la jeune fille aux bonnes mœurs⁸⁶. Mais la désapprobation sociale ne tarde pas. Pour la majorité, il s'agit d'une atteinte aux libertés individuelles et surtout d'une

⁸³ Vr. C.-A. Colliard, *op. cit.*, pp. 105 s.

⁸⁴ Information publiée par l'AFP le 30 janvier 2004 sur www.heresie.com et consulté le 10 juillet 2014; vr. aussi www.wikipedia.org.

⁸⁵ Information publiée le 14 mars 2013 sur www.cameroonvoice.com.

⁸⁶ Vanessa Onana, Le Jour, 21 novembre 2013, www.camer.be.com.

diversion⁸⁷. Ajoutés aux débats sur les orientations sexuelles, ces quelques faits non isolés illustrent les difficultés que posent actuellement les libertés qui permettent aux individus de choisir des modes de vie différents. Mais jusqu'où peuvent-ils aller ?

L'on constate que nos sociétés sont devenues plus qu'incertaines pour définir ce que doivent être les référentiels et les dispositifs du contrôle social par rapport à l'état des mœurs⁸⁸. Pourtant les limitations de la liberté de mode de vie s'imposent, car «*la vie sociale exclut la possibilité des libertés sans frontières*»⁸⁹. Accrochons-nous néanmoins à l'idée que les principales limitations doivent être trouvées dans la coexistence avec les autres libertés et la protection de la société.

Pour ce qui est du respect des droits d'autrui, il ne fait aucun doute que les libertés définies serviront de limites aux choix du mode de vie. Le législateur pourra être appelé à hiérarchiser les intérêts en jeu ou à concilier simplement la liberté de mode de vie et d'autres libertés. La protection de la société quant à elle renvoie au respect des institutions étatiques, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Si l'accord est à peu près général en ce qui concerne les institutions étatiques et l'ordre public sous lequel on regroupe la sûreté, la sécurité et la salubrité, il n'en est pas de même des bonnes mœurs.

Malgré son caractère proprement juridique, on note un double degré d'impuissance du droit : impuissance à définir le contenu des bonnes mœurs autrement qu'en empruntant à la morale ou au sens commun; impuissance à contenir l'inexorable libéralisation des mœurs dans les sociétés contemporaines⁹⁰. En considérant les bonnes mœurs comme «*la morale, les goûts et les modes de vie de l'élite culturelle dominants*»⁹¹, on peut négliger la seconde impuissance dans le contexte africain. Même s'il reste certain qu'elle connaît la crise des mœurs, les réactions sociales laissent encore

⁸⁷ Patty Bebe, *Ne touche pas mon STRING, ne viole pas mon intimité*, www.icicemac.com, 23 novembre 2013.

⁸⁸ D. Alland et S. Rials (Sous dir.), *op. cit.*, p. 1035.

⁸⁹ Vr. J. Rivero, *op. cit.*, t. 1, p. 198.

⁹⁰ Vr. D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs, puissance et impuissance de la norme juridique*, Curapp, *Les Bonnes mœurs*, PUF, 1994; p. 16.

⁹¹ F. Ost et M. Van de Kerchove, "Mœurs (Bonnes)" *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ et Story-Scientia, 1988, p. 251, cités par D. Lochak, *Idem*, p. 18.

penser qu'il s'agit de poussées minoritaires. L'on ne dit pas que ces dernières doivent être négligées, mais simplement que la liberté de mode de vie doit s'exercer dans le respect des bonnes mœurs que le consensus social n'a pas encore changées. Dès lors, les règles du Code civil⁹², du Code pénal⁹³, ou encore du droit des contrats, du droit des personnes et de la nationalité, du droit de la famille, du droit des libertés fondamentales doivent être respectées dans leurs dispositions relatives aux bonnes mœurs.

Une telle position, après avoir appelée à la liberté de mode de vie peut être critiquée. Convenons néanmoins avec Rivero qu'une société dans laquelle personne ne serait d'accord avec personne sur rien, et même sur la vertu de cette absence d'accord, ne serait pas une société viable. Il ajoute qu' *«il ya nécessairement a la base de tout groupement humain un minimum d'accord sur un minimum de valeurs dont le respect s'impose aux libertés et par là les limites»*⁹⁴. De plus, ce n'est pas la loi qui définit les bonnes ou les mauvaises mœurs ; elle se contente de suivre l'esprit général. S'il faille changer les mœurs, Montesquieu nous apprend que ce ne saurait être par la loi, mais par d'autres mœurs et d'autres manières⁹⁵.

Nous pouvons en définitive affirmer que, contrairement à l'évidence, la liberté de mode de vie n'a pas d'assise juridique, ou du moins, si on a cru qu'elle en avait, celles dans lesquelles on l'a enfermée s'avèrent désuètes. Ainsi, la définition du mode de vie nous montre qu'elle ne saurait se réduire au droit à la vie privée, encore moins à la protection des minorités. Ses enjeux interpellent néanmoins sur l'urgence de sa garantie. Elle doit néanmoins rester enserrée dans les limites traditionnelles du respect des autres et de l'Etat, de l'ordre public et des bonnes mœurs, lesquelles ne semblent pas avoir beaucoup évolué en Afrique. Ce qui ne doit absolument pas être ignorée, car dans l'œuvre de réglementation de la société, l'esprit de la nation doit prévaloir et ne doit pas se confondre avec le désir irréfléchi de la multitude nous dit-on⁹⁶. L'esprit de la nation se compose de l'attachement

⁹² L'article 6 du Code civil camerounais dispose qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

⁹³ Dans le Code pénal camerounais, plusieurs chapitres répriment l'atteinte aux mœurs dans lesquels figurent l'outrage à la pudeur, le proxénétisme, l'homosexualité, la distribution des dessins, peintures ou images contraires aux bonnes mœurs, etc.

⁹⁴ Vr. J. Rivero, *op. cit.*, t. 1, p. 203.

⁹⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, p. 467, cité par D. Alland et S. Rials, *op. cit.*, p. 1036.

⁹⁶ J. B. Maugras, *Cours de philosophie*, Paris, Labitte, 1822, p. 34.

des citoyens aux institutions existantes, de leur respect pour les institutions éprouvées par le temps et de leur disposition à résister au changement⁹⁷.

L'on ne peut dès lors reprocher aux Etats africains leur statisme dans leurs valeurs et leur manière de penser. C'est leur mode de vie, puisqu'on en parle, et comme tel, doit être respecté. Son changement éventuel doit être précédé de sondages, d'enquêtes et d'examen de données statistiques pour s'assurer du respect de la volonté du plus grand nombre. Ce travail de longue haleine doit d'ailleurs être fait pour décider d'alléger ou pas les limitations aux modes de vie, et surtout pour éviter qu'un gouffre se crée entre la norme juridique et le fait social par ailleurs préjudiciable à la crédibilité du monde juridique⁹⁸.

Les choses peuvent donc changer du jour au lendemain. Mais en attendant que la liberté de choix de mode de vie acquière une place effective et que le consensus social se fasse sur certaines mœurs pour qu'elles n'apparaissent pas comme imposées mais voulues, le respect des institutions anciennes est de rigueur.

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ D. Alland et S. Rials (Sous dir.), *op. cit.*, p. 1036.

CONSIDERAȚII PRIVIND LEGISLAȚIA UNIUNII
EUROPENE ÎN DOMENIUL ACHIZIȚIILOR PUBLICE

COMMENTS ON PUBLIC PROCUREMENT LEGISLATION
IN THE EUROPEAN UNION

ADA-IULIANA POPESCU¹

Rezumat: Achizițiile publice constituie una dintre multiplele surse de corupție din sectorul public. Potrivit statisticilor, la nivelul Uniunii Europene (UE), pierderile financiare provenind din încheierea contractelor de achiziții publice sunt considerabile. De aceea, autoritățile europene au decis modificarea legislației comune, în vederea asigurării transparenței, integrității, profesionalismului, responsabilității și eficienței procedurilor atribuirii contractelor de achiziții publice și a celor de concesiune a serviciilor publice. Membrii Uniunii Europene sunt obligați să transpună aceste noi reglementări în legislația lor națională și să asigure corecta lor aplicare. România este unul dintre membrii Uniunii Europene care înregistrează performanțe negative în domeniu. Carențele se reflectă în lacunele legii naționale și în lipsa, uneori cu desăvârșire, a aplicării prompte și imparțiale a legii. Astfel, reforma legislației Uniunii Europene, cât și aceea a fiecărui stat membru, este absolut necesară, pentru diminuarea, dacă nu chiar eradicarea corupției din acest domeniu.

Cuvinte-cheie: corupție, achiziții publice, contracte de concesiune

Abstract: Public procurement is one of the major source of corruption in the public sector. According to statistics, European Union (EU) losses billions of euros annually to corruption generated by public procurement. Thus, the European authorities have decided to modernize the EU legislation in order to bring transparency, integrity, professionalism, accountability and efficiency to the public procurement and concession procedures. EU members will have to prove their willingness to implement and enforce these new rules at national level for the desired results. Romania is one of the EU members that registers negative results in this respect.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Economie și Administrarea Afacerilor, Universitatea "Alexandru I. Cuza" din Iași, e-mail: ada.popescu@uaic.ro.

The main deficiencies are the lacunas of national law and its poor enforcement. The reform of EU legislation is absolutely necessary for curbing, if not eradicating public procurement corruption.

Keywords: corruption, public procurement, concession contracts.

1. Considerații introductive

Lupta împotriva corupției a devenit credo-ul majorității guvernelor, a organizațiilor internaționale și a organizațiilor non-guvernamentale. Ea este menită să asigure o guvernare corectă și eficientă, o economie puternică și, pe termen lung, o viață mai bună pentru fiecare.

Bineînțeles că eradicarea totală a corupției rămâne un miraj, însă totuși fără el, lupta pare lipsită de sens. Oricât de pesimiști am fi, trebuie să recunoaștem însă că unele state, inclusiv membri ai Uniunii Europene (UE), au reușit să reducă corupția la nivel național atât în sectorul privat, dar mai ales în sectorul public.

Contracararea corupției manifestată în sectorul public se dovedește mai greu de realizat, din cauza diversității activităților publice. Corupția în sectorul public se manifestă de cele mai multe ori în tandem cu sectorul privat, mai ales în cazul procedurii achizițiilor publice sau a concesionării de servicii publice unor entități private. În general, parteneriatul public-privat aduce cu sine și suspiciuni de corupție, care se dovedesc de cele mai multe ori adevărate.

Transparency International a prezentat o listă a efectelor concrete generate de corupția ocazionată de achizițiile publice. Riscul corupției afectează mediul înconjurător, sănătatea publică, securitatea persoanelor, inclusiv investițiile și inovațiile în aceste domenii și nu numai. Corupția distorsionează competiția și, per ansamblu, pune în pericol dezvoltarea economiei locale².

Procedura achizițiilor publice este adesea complicată, limitată ca transparență și „impersonală”, tocmai pentru că finanțarea este publică și nu este realizată prin intermediul unor investiții private. Tocmai aceste trăsături facilitează comportamentul coruptiv greu de detectat. Corupția poate apărea în orice fază a procedurii achizițiilor publice: determinarea nevoii și

² Transparency International, *Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide*, la

http://www.transparency.org/whatwedo/pub/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide, 2014, pp. 9-10.

oportunității achiziției, pregătirea caietului de sarcini, selectarea ofertanților și stabilirea câștigătorului; executarea contractului și auditarea financiară³. Investiții realizate pentru nevoi care în realitate nu există, licitații trucate care seamănă mai mult cu o competiție de luare de mită, prețuri false, bunuri și servicii de proastă calitate sunt doar câteva dintre manifestările corupției în domeniul achizițiilor publice.

De asemenea, corupția este favorizată în cazul procedurii achizițiilor publice și prin numărul mare de persoane implicate. Activitățile desfășurate de către acestea sunt de fapt paravanul corupției pe care o întrețin. Atitudinea «o mână spală pe cealaltă» asigură succesul activității lor ilegale, dându-le curaj și încredere. Lanțul persoanelor implicate este de obicei destul de lung (funcționari publici, politicieni, licitatori, subcontractori, agenți consultanți, parteneri de afaceri, manageri), responsabilitatea și vina pentru faptele de corupție dispându-se până la inexistență.

De-a lungul timpului, instituțiile financiare internaționale au creat propriile standarde și reguli pentru finanțarea achizițiilor publice. Ghidul Băncii Mondiale⁴ este considerat unul dintre cele mai bune în acest domeniu, cu reguli clare privind procesul de selectare al ofertanților, cu excluderea celor care au fost implicați în scandaluri de corupție. Integritatea și corectitudinea ofertanților sunt considerate condiții esențiale pentru participarea la licitațiile publice. La acestea se adaugă și recomandările privind utilizarea pactelor de integritate și a procedurilor de preselecție pentru evaluarea competențelor tehnice și financiare ale viitorilor licitatori.

În anul 1995, Comisia Organizației Națiunilor Unite (ONU) privind dreptul comerțului internațional (UNCITRAL) a prezentat un model de lege pentru procurarea de bunuri, construcții și servicii publice⁵, model bazat pe recomandările Băncii Mondiale. Un an mai târziu, Organizația Mondială a

³ Transparency International, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, la http://www.transparency.org/whatwedo/activity/curbing_corruption_in_public_procurement, 2006, p.17.

⁴ *Guidelines Procurement of Goods, Works, And Non-Consulting Services*, la http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLS_English_Final_Jan2011.pdf.

⁵ *UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services*, la http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html.

Comerțului a propus un Acord general privind achizițiile publice⁶, care a fost semnat și ratificat de membrii organizației.

În același timp, în anul 2006, inițiativa Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare în Europa (OCDE), susținută și de Banca Mondială, în domeniul achizițiilor publice s-a materializat în crearea unui program criterial de evaluare a sistemelor naționale de achiziții publice⁷. OCDE a elaborat, cu aceeași ocazie, și principiile menținerii integrității în desfășurarea procedurii de achiziții publice.

Membrii Uniunii Europene, ca majoritatea statelor lumii, se confruntă cu problema corupției în cadrul procedurii de achiziții publice și a încheierii de contracte pentru concesiunea unor servicii publice entităților private. Statele Europei Centrale și de Sud-Est sunt cele care înregistrează cele mai multe performanțe negative în lupta anti-corupție, cei mai slabi jucători fiind aici partidele politice, administrația publică și sectorul public în general⁸.

Procedura achizițiilor publice și cea a încheierii contractelor de concesiune de servicii publice a fost reglementată de cel puțin 40 de ani în Uniunea Europeană. Totuși, abia în anul 2012, la aceste reguli s-au adăugat și cele de anti-corupție. Întârzierea s-a datorat costurilor suplimentare și complexității obligațiilor administrative, precum și efectelor acestora asupra competiției comerciale. Un alt motiv a fost și este lipsa unui instrument adecvat de măsurare a corupției⁹. În acest sens, părțile interesate au avansat diverse soluții, motivele fiind aceleași: promovarea integrității, transparenței, răspunderii pentru propriile fapte, competiție corectă și profesionalism. Cerințele sunt pe măsură și sunt esențiale: reguli procedurale clare și transparente, coduri de conduită pentru toți participanții la licitație, training anti-corupție, sancțiuni clare și proporționale cu faptele, măsuri pentru detectarea corupției și pentru evaluarea și identificarea riscurilor de acest fel

⁶ WTO Agreement on Government Procurement, la

https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm.

⁷ Action Statement of Export Credit Working Group and the Benchmark and Assessment Tool for Public Procurement Systems, la <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/37418910.pdf>.

⁸ S. Mulcahy, *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*, Transparency International Report, 2012, p.3.

⁹ J. Andvig, *Anti-corruption in Public Procurement. Balancing the Policies*, Sofia, CSD, 2011, p.5.

(*red flags* sau indicatori ai corupției) și încurajarea și protejarea avertizorilor de integritate.

Soluțiile au fost favorizate în principal de folosirea Internetului, care a facilitat utilizarea platformelor on-line pentru achiziții publice, asigurând transparență prin accesul la informație a publicului și a celor implicați direct.

2. Reglementarea achizițiilor publice în Uniunea Europeană

Din cauza corupției, Uniunea Europeană pierde aproape 120 de miliarde de euro anual, sumă cu puțin sub bugetul anual al Uniunii. Practicile coruptive din sectorul public constituie sursa majorității pierderilor financiare. În general, la nivelul Uniunii, 20% până la 25% din valoarea contractelor de achiziții publice se pierd anual, în condițiile în care valoarea acestor contracte echivalează cu 15% din venitul brut al Uniunii¹⁰.

În consecință, Uniunea Europeană a decis să își modernizeze legislația privind desfășurarea procedurii de atribuire și încheiere de contracte pentru oferirea de servicii publice. Aspectele esențiale considerate sunt: reguli procedurale clare și transparente, coduri de conduită pentru toți participanții la procedura atribuirii contractelor publice, instruire anti-corupție, sancțiuni clare și proporționale, măsuri pentru descoperirea faptelor de corupție și pentru identificarea potențialelor riscurilor coruptive și încurajarea și protecția denunțătorilor faptelor de corupție. Îmbunătățirea cadrului normativ al Uniunii Europene a fost realizat potrivit standardelor Organizației Națiunilor Unite, ale Organizației Mondiale a Comerțului și ale Băncii Mondiale.

Câteva directive europene reglementează direct achizițiile publice în Uniune. La acestea se mai adaugă și norme juridice care vizează fenomenul corupției în general, dar care, indirect, asigură transparența și integritatea în desfășurarea procedurii achizițiilor publice. De exemplu: normele europene care vizează excluderea licitatorilor condamnați pentru fapte de corupție în baza unei hotărâri judecătorești definitive sau cele care stabilesc standardele minime privind remediile în cazul nerespectării obligațiilor contractuale și condițiile de modificare a contractelor de achiziții publice în timpul executării acestora. Norme similare reglementează problema ofertelor

¹⁰ N. Nielsen, *€120 billion lost to corruption in EU each year*, EIPA Luxembourg, 2013, la <http://euobserver.com/justice/119300>, p.1.

câștigătoare care sunt suspect de disproporționate ca valoare în comparație cu celelalte.

Principalele reglementări unionale erau Directiva 2004/18/EC, din 31 martie 2004, privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii¹¹, Directiva 2004/17/EC, din 31 martie 2004, privind coordonarea procedurii de achiziții publice în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale¹², Directiva 2009/81/EC, din 13 iulie 2009, privind coordonarea procedurilor privind atribuirea anumitor contracte de lucrări, de furnizare de bunuri și de prestare de servicii de către autoritățile sau entitățile contractante în domeniile apărării și securității și de modificare a Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE¹³.

Directivele 2004/17/CE și 2004/18/CE au modificat Directiva 89/665/CEE, din 21 decembrie 1989, privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative cu privire la aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, iar Directiva 2007/66/EC modifică Directiva 92/13/CEE, din 25 februarie 1992, privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor.

Până acum doi ani, concesionarea transnațională a lucrărilor publice era reglementată prin norme generale și limitate, cuprinse în Directiva 2004/18/CE, iar concesionarea transfrontalieră de servicii era guvernată doar de principiile instituite prin Tratatul Uniunii. Totuși, în anul 2011, Comisia Europeană a propus modificarea directivelor privind procedura achizițiilor publice în domeniul apei, energiei, transporturilor, serviciilor poștale, a contractelor de servicii și de concesiune¹⁴.

Drept urmare, vechile reglementări în domeniu au fost înlocuite de un pachet de norme noi care vin să modernizeze legislația Uniunii. Astfel,

¹¹ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L134 din 30 aprilie 2004.

¹² Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L134 din 30 aprilie 2004.

¹³ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L216 din 20 august 2009.

¹⁴ Comisia Europeană, *Raportul împotriva corupției a Uniunii Europene*, 2014 la http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf, pp. 22-23.

Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și Directiva 2014/25/UE privind achizițiile publice efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și a serviciilor poștale¹⁵. Directiva 2014/23/UE¹⁶ a fost special creată pentru reglementarea contractelor de concesiune publică. Statele membre ale Uniunii Europene trebuie să transpună noile reglementări până în aprilie 2016, cu excepția normelor privind sistemul e-procurement, care vor trebui implementate până în aprilie 2018.

Regulile instituite prin aceste reglementări noi sunt mai stricte pentru subcontractori, instituind practic un sistem de detecție și alertă pentru potențiale fapte de corupție. De fapt, modernizarea prevederilor cuprinse în Directiva 2014/24/UE și Directiva 2014/25/UE are ca scop instituirea unor reguli mai flexibile, fără a sacrifica însă din strictețea lor.

În prezent, statele membre ale Uniunii Europene au un cadru legislativ similar în domeniul achizițiilor publice, care aspiră la asigurarea integrității, transparenței, a răspunderii, a unei competiții corecte și a profesionalismului. Cu toate acestea, rezultatele nu sunt notabile, iar statele trebuie să persevereze în modificarea și aplicarea corectă a legii. De exemplu, în unele state membre, este necesară o legislație penală funcțională care să permită sancționarea promptă a infracțiunilor de corupție, precum luarea de mită, conflictul de interese sau traficul de influență. Adiacent, trebuie reglementată și protecția avertizorilor de integritate.

3. Achizițiile publice în România

Corupția este răspândită pe scară largă în România, atât în sectorul privat, cât și în cel public. Nevoia presantă a României de progres economic și dezvoltare necesită a luptă anticorupție susținută și constantă. Îmbunătățirea legislației și aplicarea sa corectă și promptă sunt esențiale în acest demers. În anul 2012, *Transparency International* a raportat un index de percepție a corupției pentru România de 44, unde 0 reprezintă nivelul maxim de corupție. În anul 2013, scorul înregistrat a pierdut o unitate, ajungând la 43, iar în anul 2015, scorul a crescut, ajungând la 46.¹⁷ Această

¹⁵ Ambele texte au fost publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L094 din 28 martie 2014.

¹⁶ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L094 din 28 martie 2014.

¹⁷ Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2015*, la <http://www.transparency.org/cpi2015>.

schimbare în percepția românilor asupra corupției la nivel național s-a datorat prefacerilor legislative și a activității susținute a Direcției Naționale Anticorupție (DNA).

România a ratificat câteva convenții internaționale importante, care au îmbunătățit legislația națională anti-corupție: Convenția ONU împotriva corupției și Convențiile Consiliului Europei privind aspectele penale, respectiv aspectele civile, legate de corupție. De asemenea, directivele și deciziile cadru ale Uniunii Europene în domeniu au fost și ele transpuse în legislația națională.

În România, contractele pentru achiziții publice și contractele de concesiune pentru servicii publice vizând activități legate de construcții urbane și infrastructură, sănătate, apă/canal, industria extractivă, finanțarea partidelor politice și activitatea oficialilor aleși constituie surse constante ale corupției în sectorul public.

Frecvent, contractele care vizează achizițiile publice servesc interese personale și nu interesele comunității. Așa cum am precizat anterior, procesul de încheiere a acestor contracte este complicat, realizat pe etape, și implică un întreg lanț de persoane. De aceea, sub o legalitate aparentă, faptele de corupție sunt greu de descoperit. Investiții care nu sunt necesare, licitații false, bazate pe mită concurențială, prețuri false, calitatea proastă a bunurilor sau a serviciilor achiziționate din bani publici sunt din păcate realități des întâlnite în România. Contractele pentru achiziții publice și cele de concesiune a unor servicii publice vizând activități legate de construcții urbane și infrastructură, sănătate, apă/canal, industria extractivă, finanțarea partidelor politice și activitatea oficialilor aleși constituie surse ale corupției în sectorul public.

Faptele de corupție ocazionate de activitatea de achiziții publice sunt incriminate de prevederile îmbunătățite ale Codului penal, care sancționează luarea de mită, darea de mită, conflictul de interese, traficul de influență și alte infracțiuni de corupție care au de obicei ca autor funcționarul public. Adiacent, norme penale și procedurale penale reglementează măsura confiscării și cea a confiscării extinse. De asemenea, normele penale sunt completate de prevederile cuprinse în Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție¹⁸, Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea

¹⁸ M.Of. nr. 219/18 mai 2000, cu modificările și completările ulterioare.

demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției¹⁹ și Legea nr. 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice²⁰.

Ordonanța de Urgență a Guvernului, nr. 34/2006, reglementează procedura atribuirii contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii²¹. De la apariția sa, actul normativ a suferit modificări repetate potrivit exigențelor Uniunii Europene.

Potrivit prevederilor ordonanței, scopul legiuitorului român este promovarea concurenței între operatorii economici; garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici; asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică; asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante.

Principiile care guvernează achizițiile publice în România sunt cele afirmate și la nivel internațional: nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, eficiența utilizării fondurilor și asumarea răspunderii (art.2, O.U.G. 34/2006).

Un reper pentru achizițiile de bunuri la nivelul Uniunii Europene este și în România vocabularul comun al achizițiilor publice (CPV), care reprezintă nomenclatorul de referință aplicabil contractelor de achiziție publică, adoptat prin Regulamentul nr. 2.195/2002/CE al Parlamentului European și al Consiliului privind vocabularul comun al achizițiilor publice²² și care asigură corespondența cu alte nomenclatoare existente.

Procedurile care se pot aplica contractelor de achiziții publice eligibile potrivit ordonanței sunt: licitația deschisă, licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte. În anumite situații speciale, la acestea se adaugă un concurs de soluții pentru achiziționare directă de produse. Modalitățile speciale de atribuire a contractelor de achiziții publice constau în utilizarea unui acordul-cadru sau în licitația electronică.

¹⁹ M.Of. nr. 279/21 aprilie 2003, cu modificările și completările ulterioare.

²⁰ M.Of. nr. 621/12 septembrie 2010, cu modificările și completările ulterioare.

²¹ M.Of. nr. 418/15 mai 2006, cu modificările și completările ulterioare.

²² Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 340 din 16 decembrie 2002.

Procedura licitației electronice se realizează cu ajutorul Sistemului electronic al achizițiilor publice (SEAP) și cu postarea documentației de atribuire la adresa de internet www.e-licitatie.ro.

Avantajele folosirii și în România a sistemului *e-procurement*, cel pe care Uniunea l-a instituit și pe care îl modernizează, sunt: scăderea costurilor tranzacțiilor, creșterea competiției, scăderea corupției, monitorizarea facilă a achizițiilor publice și crearea unei baze de date complexe privind contractele de achiziții publice și competitorii europeni. De exemplu, s-a demonstrat că folosirea pe scară largă, în timpul fazei de licitație, a sistemului electronic de achiziții publice și a documentului unic european standardizat poate reduce cu 80% costurile administrative.

Deși legislația națională respectă standardele europene, în practică, sistemul electronic pentru achiziții publice creat pe această cale este puțin folosit, iar integritatea procedurii se dovedește de multe ori îndoielnică, situație care atrage numeroase contestații. O mare parte dintre acestea se referă la nomenclatorul CPV, unde același produs apare înscris de mai multe ori, însă sub diferite denumiri și cu diferite prețuri, creând astfel confuzie printre ofertanți și favorizând erorile deliberate. La aceasta se adaugă și caiete de sarcini special create pentru anumite companii, conflicte de interes ale evaluatorilor de oferte, criterii neclare de selectare, înțelegeri nelociale între ofertanți, proceduri desfășurate rapid, cu motivarea unor situații de falsă urgență, implicarea ofertanților în crearea caietelor de sarcini. În același timp, executarea contractelor publice este puțin sau chiar deloc monitorizată, ceea ce permite cu ușurință acceptarea unor bunuri sau servicii inferioare calitativ, prin comparație cu cele oferite inițial, sau lipsa sancțiunilor în cazurile în care executarea contractelor se desfășoară cu întârziere, celeritatea executării fiind unul dintre criteriile de alegere a ofertantului.

De asemenea, prin comparație cu alte state membre ale Uniunii, România, ca și Bulgaria de altfel, folosește doar ocazional sistemul Tenders Electronic Daily (TED), sistem electronic special, unul dintre instrumentele Uniunii Europene menit să asigure transparența și eficiența achizițiilor publice europene transfrontaliere.

Ca urmare a acestor neajunsuri, Guvernul României a fundamentat Strategia națională în domeniul achizițiilor publice²³. Agenția Națională

²³ Hotărârea Guvernului României nr. 901 privind aprobarea Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice, publicată în M.Of. nr. 881 din 25.11.2015.

pentru Achiziții Publice aflată în subordinea Ministerului Finanțelor Publice, alături de ministere și celelalte organe de specialitate ale administrației publice centrale este direct responsabilă de reformele necesare pentru implementarea noii strategii și de evaluarea trimestrială a rezultatelor.

Pe termen lung, în urma noilor modificări aduse legislației Uniunii Europene cu privire la atribuirea contractelor de achiziții publice și a celor de concesiune de lucrări publice, sistemul nostru național de e-procurement va trebui îmbunătățit și folosit responsabil.

În raportul său din 2015, Direcția Națională Anticorupție confirmă faptul că achizițiile publice constituie o sursă constantă de corupție în România și își propune să pună accent pe combaterea corupției la nivel înalt și a fraudelor grave în achizițiile publice. DNA dovedește faptic și juridic existența sistemică a corupției generate de achiziții publice în domeniul transporturilor, a energiei și a sănătății cu implicarea politicianilor, a aleșilor locali, a funcționarilor publici de la nivelul administrației publice centrale și locale²⁴.

3. Concluzii

Reforma legislativă europeană are ca scop facilitarea achizițiilor publice la nivel regional, prin intermediul uniformizării legislației și, astfel, evitarea obstacolelor legislative și procedurale create de potențialele conflicte legislative naționale. Al doilea scop este cel al reducerii, dacă nu al eradicării corupției, în cadrul procesului de achiziții și concesiuni publice, prin asigurarea transparenței, integrității, eficienței și responsabilității.

Corupția în sectorul public din statele membre ale Uniunii Europene este mult mai răspândită în statele est europene decât în cele vest europene. Sectorul construcțiilor și al sănătății publice rămân cele mai vulnerabile în fața corupției. România este, din păcate, un exemplu în acest sens, deși eforturile autorităților judiciare de reducere a corupției generate de achiziții publice sunt evidente.

Credem că noua legislație, îmbunătățită, și noul mecanism de monitorizare a eforturilor anti-corupție în Uniunea Europeană vor forța guvernele naționale să acorde prioritate măsurilor anti-corupție, pentru obținerea unor rezultate notabile. Succesul noilor reglementări europene și

²⁴ Direcția Națională Anticorupție, *Raport privind activitatea desfășurată* – 2015, la <http://www.pna.ro/obiect2.jsp?id=248>, pp.11-13.

rezultatul implementării lor la nivel național rămâne deocamdată o chestiune de viitor, care va trebui evaluată în următorii ani.

GARAN IILE GENERALE ALE RESPECT RII DREPTULUI LA
UN PROCES ECHITABIL. DREPTUL LA UN TRIBUNAL
INDEPENDENT I IMPAR IAL

GENERAL GUARANTEES OF RESPECTING THE RIGHT TO A
FAIR TRIAL. THE RIGHT TO AN INDEPENDENT AND
IMPARTIAL TRIBUNAL

OLGA-ANDREEA URDA¹

Rezumat: În desf urarea procesului penal, persoanele participante trebuie s î i poat realiza drepturile i interesele lor legale i s aib totodat garan ia c sunt protejate de eventualele abuzuri provenite din partea organelor judiciare. Dreptul la un tribunal independent i impar ial este o adev rat piatr unghiular atât a democra iei cât i a încrederii în actul de justi ie. Astfel, independen a i impar ialitatea instan ei reprezint principii fundamentale ale tuturor sistemelor de drept, care garanteaz justi iabililor faptul c actul de justi ie va fi determinat doar de argumentele ce reies din dezbateri, iar solu ia nu va fi rezultatul unor presiuni sau al unor prejudec i. Prezentul studiu î i propune s analizeze maniera în care legisla ia român respect exigen ele impuse prin documentele interna ionale în materia respect rii dreptului la un tribunal independent i impar ial.

Cuvinte cheie: independent, impar ial, proces echitabil, drept penal european, drepturi fundamentale

Abstract: In criminal proceedings, the persons involved must be able to realize their legal rights and interests and at the same time have the guarantee that they are protected from possible abuses arising from the judicial bodies. The right to an independent and impartial tribunal is a true cornerstone of both democracy and confidence in the judicial act. Thus the independence and impartiality of the court are fundamental principles of all systems of law, guaranteeing litigants that justice will be determined only by arguments drawn from the course of the hearings, and the solution will not be the result of pressure or of prejudices. The present study aims to analyze the way in which the Romanian legislation complies with the

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

requirements imposed by international documents in the matter of respecting the right to an independent and impartial tribunal.

Keywords: independent, impartial, fair trial, European Penal Law, fundamental rights.

Plecând de la sensul etimologic al noțiunii mai largi de proces echitabil la care se refer art. 6 din Convenție și care conține o lungă enumerare a drepturilor procedurale acordate oricărei persoane implicate într-un proces în sens larg (printre care enumerăm dreptul la un proces public, care să fie finalizat într-un termen rezonabil și realizat de către un tribunal imparțial și independent, dreptul la prezumția de nevinovăție), în jurisprudența Curții de la Strasbourg s-a decis că după principiul egalității armelor fiecare parte trebuie să aibă o posibilitate rezonabilă de prezentarea a cauzei sale în condițiile în care nu o plasează într-o situație de dezavantaj în raport cu adversarul său².

Respectarea echității unui proces trebuie să se aprecieze în raport cu ansamblul actelor procesuale pentru a se asigura o percepție corectă asupra respectării sau nu a principiilor procesului echitabil. Jurisprudența Curții este în mod esențial axată pe condițiile în care o parte dispune de mijloace necesare administrării probelor și situații particulare pe care legile interne le atribuie fiecărei părți.

Vom efectua o dublă analiză a acestei garanții procedurale regsite în dreptul penal european, atât din prisma receptivității mecanismelor de protecție în cadrul procedurilor naționale dar și din prisma existenței sau nu al unui sistem convergent, al unui sistem european unic al drepturilor fundamentale.

Conform art. 6 paragraf. 1 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, orice persoană are dreptul la un tribunal „independent, imparțial și stabilit prin lege”.

Înainte de a trece la analiza dreptului la un tribunal independent și imparțial trebuie să analizăm noțiunea de tribunal, noțiune autonomă, al cărei sens conferit de Convenție este diferit de cel stabilit în dreptul intern al statelor contractante. Noțiunea de tribunal în accepțiunea Convenției se caracterizează, în sens material, prin funcția sa jurisdicțională, și reprezintă

² Gh. Mateu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*. Vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 238.

organul ce are atribuții de soluționare, în baza unor norme de drept și în baza unor proceduri organizate, asupra unor cauze ce intră în competența sa³.

Din interpretarea art. 6 par. 1 rezidă faptul că una din condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o instanță pentru a putea exercita funcția de judecată este ca accesul la această instanță să fie reglementat de lege. Dreptul la un tribunal este menționat pentru prima dată în cauza Golder contra Regatului Unit⁴, când se pune problema de a ști dacă dreptul la un proces echitabil se aplică doar în cazul unei proceduri deja începute sau presupune și dreptul de a începe o nouă procedură. Cu ocazia judecării fondului cauzei, Curtea statuează că, deși art. 6 par. 1 nu consacră în mod expres dreptul de a sesiza un tribunal, în absența unui asemenea drept garanțiile oferite de art. 6 par. 1 ar rămâne fără obiect. Tot în această hotărâre Curtea menționează faptul că dreptul la un tribunal nu reprezintă un drept absolut, sunt permise anumite limitări, statele dispunând astfel de o anumită marjă de apreciere, controlul cu privire la respectarea obligațiilor impuse de Convenție revenind Curții⁵.

Acest lacun existent la nivelul reglementării europene este acoperit de prevederile Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, care prevede expres în art. 47 par. 1 dreptul la un tribunal, astfel „orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficient în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite de prezentul articol”.

În dreptul național dreptul la un tribunal este prevăzut în mod expres în art. 21 din Constituția României astfel alin. 1) este stipulat faptul că “orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime” iar în alin. (2) “nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept”. În acest sens prin Decizia nr. 647 din 5 octombrie 2006, Curtea Constituțională a statuat faptul că „accesul liber la justiție consacrat de art. 21 din Constituție implică, între altele, adoptarea de către legiuitor a unor reguli de procedură clare, în care să se prescrie cu precizie condițiile și termenii în care justițiabilii își pot exercita drepturile lor

³ J. F. Renucci, *op. cit.*, p. 257; O. Predescu, M. Udriou, *Convenția europeană a drepturilor omului și dreptul procesual penal român*, Editura C.H.Beck, București, 2007, p.281; Ana Cristina Lăbuș, *Dreptul la un proces echitabil*, Revista Drepturile Omului, nr. 4/2009, Editat de Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2009, p. 8-16.

⁴ CEDO, Hotărârea în cauza Golder contra Regatului Unit, 21 februarie 1975, nr. 4451/70.

⁵ L. Barac, *Europa și drepturile omului. România și drepturile omului*, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 37; J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, ed. a treia, Editura Dalloz, Paris, 2009, p. 383.

procesuale, inclusiv cele referitoare la cile de atac împotriva hotărârilor pronunțate de instanța de judecată, în caz contrar judecătorul fiind constrâns să stabilească el însuși, pe cale jurisprudențială, în afara legii, adică substituindu-se legiuitorului, regulile necesare pentru a se pronunța asupra recursului cu judecarea căruia a fost învestit, încalcând astfel principiul separației puterilor în stat.⁶

Comitetul de Miniștri al Consiliului European apără în mod egal dreptul judecătorului de a statua în mod imparțial și liber asupra cauzelor ce sunt supuse atenției sale, conform convingerilor sale și conform propriei interpretări a faptelor, evident toate acestea fiind fundamentate pe normele de drept aflate în vigoare⁷. Astfel art. I.2. lit. d) din Recomandarea Nr. (94) 12 Privind independența, eficiența și rolul judecătorilor, adoptată de Comitetul de Miniștri statuează faptul că „în procesul de luare a deciziilor, judecătorii trebuie să fie independenți și să acționeze fără nicio restricție și fără a face obiectul vreunor influențe, sugestii, presiuni, amenințări sau imixțiuni, directe sau indirecte, indiferent din partea cui persoane vin și sub ce motiv. Legea trebuie să prevadă sancțiuni contra persoanelor care încearcă să influențeze pe judecători sub orice formă. Judecătorii trebuie să fie liberi în mod absolut să hotărască în mod imparțial asupra cauzelor cu care sunt sesizați, în baza convingerilor lor intime și a propriei interpretări a faptelor, și în conformitate cu normele de drept în vigoare. Judecătorii nu trebuie să fie obligați să dea socoteală vreunei persoane străine de puterea judiciară asupra rezolvării date cauzelor lor”.

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene consacră și ea expres în art. 47 par. 2 dreptul oricărei persoane la un proces echitabil “în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale”.

I.1. Independența instanței

Când discutăm despre independența instanței discutăm în primul rând despre independența instituțională și avem aici în vedere principiul separației

⁶ Curtea Constituțională, Decizia nr. 647 din 5 octombrie 2006, M. Of. nr. 921 din 14 noiembrie 2006, în T. Toader, *Constituția României reflectată în jurisprudența constituțională*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 45.

⁷ F. Kutu, *L'impartialité du juge en procédure pénale: De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Ed. Larcier, Bruxelles, 2005, p. 16.

puterilor în stat, un principiu subsecvent clauzei de independență⁸, iar în al doilea rând despre independența instanței raportat la părțile din cauză.

Conform jurisprudenței Curții de la Strasbourg, pentru a se stabili dacă un tribunal este independent, se impune a se aprecia “modul de desemnare a membrilor tribunalului, care nu trebuie să țină seama de discreția executivului, și durata mandatului membrilor acestuia, existența unei protecții contra presiunilor exterioare precum și existența unei aparențe de independență a acesteia”⁹. Astfel se face aplicarea expresă a adagiului englez: *Justice must not only be done, it must also be seen to be done*¹⁰.

În acest sens se pronunță și Curtea Constituțională care în Decizia nr. 872 din 25 iunie 2010, preciza faptul că „principiul independenței judecătorești prezintă două aspecte, și anume independența funcțională și independența personală. Independența funcțională presupune, pe de o parte, ca organele care judecă să nu apară în executivului sau legislativului, iar, pe de altă parte, ca instanțele judecătorești să devină independente, să nu fie supuse ingerințelor din partea puterii legislative, puterii executive sau justițiilor. Independența personală vizează statutul care trebuie să se asigure prin lege judecătorești. În principal, criteriile de apreciere a independenței personale sunt; modul de recrutare a judecătorilor; durata numirii; inamovibilitatea; colegialitatea; fixarea salariului judecătorilor prin lege; (...) interdicțiile; inamovibilitatea; răspunderea judecătorilor.”¹¹

Independența judecătorilor are în vedere activitatea jurisdicțională privită în întregul său. Astfel, nu se referă numai la procedura publică ci și la orice altă activitate anterioară, precum stabilirea termenelor de judecată sau ulterioară, și avem aici în vedere deliberarea și redactarea hotărârii¹².

⁸ D. Gomien, *Introducere în Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, trad. de Cristiana Irinel Stoica, Editura All, București, 1993, p. 47; Florin Bucur Vasilescu, *The right to a fair trial in domestic law. Romanian Law*, în *The right to a fair trial*, Editura Consiliului European, Strasbourg, 2000, p. 43-56.

⁹ CEDO, hotărârea din 28 iunie 1984, în cauza Campbell și Fell contra Marii Britanii, în Vincent Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, trad. I. Olteanu, C. Atanasiu, I. Patrulius: îngrij. ed.: I. Moroianu Zlătescu, E. Marinache, R. Erb nescu, Ed. a 5-a, rev., București, Editura I.R.D.O., 2005, p. 219.

¹⁰ J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *op. cit.*, p. 387.

¹¹ Curtea Constituțională, Decizia nr. 1872 din 25 iunie 2010, M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010, în T. Toader, *Constituția României*, p. 253.

¹² R. Chiriș, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, vol. I, Editura C.H.Beck, București, 2007, p.325.

I.2. Impar ialitatea instan ei

Cerin a impar ialit ii se impune fi analizat prin prisma a dou situa ii diferite: subiectiv i obiectiv . Astfel dac se analizeaz impar ialitatea din prisma unui demers subiectiv se va încerca determinarea convingerii personale a unui judec tor într-o situa ie dat , iar dintr-unul obiectiv se analizeaz garan iile oferite pentru a se exclude orice îndoial legitim în această privin , independent de comportamentul personal al judec torului¹³.

Impar ialitatea subiectiv se prezum pân la proba contrarie, iar impar ialitatea obiectiv const în a analiza dac , independent de conduita personal a judec torului, anumite situa ii justific suspectarea impar ialit ii acestuia din urm ¹⁴. Impar ialitate subiectiv presupune lipsa prejudec ilor, obiectivitate i nu în ultimul rând p strarea unui echilibru între p r i. Pân la urm f r impar ialitate nu putem vorbi despre justi ie, în condi ii în care un judec tor care î i pierde obiectivitatea nu poate participa la împlinirea actului de justi ie¹⁵.

Impar ialitatea obiectiv presupune încrederea pe care instan ele trebuie s o inspire publicului într-o societate democratic ¹⁶. Din acest punct de vedere se impune analiza unor garan ii pe care legisla ia statelor contractante trebuie s le ofere i anume: imposibilitatea cumul rii de c tre aceea i persoan a atribu iilor de urm rire i judecat , a exercit rii unor atribu ii judiciare diferite în aceea i cauz , precum i imposibilitatea exercit rii în mod succesiv a atribu iilor jurisdic ionale în aceea i cauz în toate gradele de jurisdic ie.

Statele contractante au obliga ia pozitiv de a- i adapta sistemele judiciare, astfel încât orice jurisdic ie s aib obliga ia de a- i verifica impar ialitatea atât din oficiu cât i la cererea uneia dintre p r i¹⁷.

I.3. Dreptul na ional

În acord cu Recomandarea nr. (94) 12 Privind independen a, eficien a i rolul judec torilor, adoptat de Comitetul de Mini tri al Consiliului Europei la 13 octombrie 1994, precum i art. 1 din „Principiile fundamentale

¹³ CEDO, Hot rrea din 24 mai 1989 în cauza Hauschildt contra Danemarcei. Vincent Berger, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴ Ibidem, p. 211.

¹⁵ F. Kutu, *L'impartialité du juge.....*, p. 16.

¹⁶ O. Predescu, M. Udriou, *Conven ia european*, p.287.

¹⁷ R. Chiri , *Conven ia european*, p.333.

asupra independen ei sistemului judiciar¹⁸”, redactate de Organiza ia Na iunilor Unite, care stipuleaz c „independen a sistemului judiciar va fi garantat de c tre stat i consfin it de Constitu ie i în legile rii. Este de dator ia institu iilor guvernamentale i de alte tipuri s respecte independen a sistemului judiciar”, art. 124 alin (3) dîn Constitu ia României consac expres principiul independen ei judec torilor, astfel „Judec torii sunt independen i i se supun numai legii”.

Impar ialitatea i independen a instan ei sunt men ionate în mod expres i în Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciar , a a cum a fost modificat i completat prin Legea nr. 245/2005 privind reforma în domeniul justitiei i prin O.U.G. NR. 83/2014. Astfel în art. 10 se men ioneaz faptul c „toate persoanele au dreptul la un proces echitabil i la solu ionarea cauzelor într-un termen rezonabil, de c tre o instan impar ial i independent , constituit potrivit legii”, art. 11 prevede c “activitatea de judecat se desf oar cu respectarea principiilor distribuirii aleatorii a dosarelor i continuit ii, cu excep ia situa iilor în care judec torul nu poate participa la judecat din motive obiective”, iar în art. 46 alin. (2) este stipulat faptul c “verific rile efectuate personal de pre edin i sau vicepre edin i ori prin judec tori anume desemna i trebuie s respecte principiile independen ei judec torilor i supunerii lor numai legii, precum i autoritatea de lucru judecat”.

Independen a judec torilor este garantat în sistemul nostru de drept i acest lucru se observ dac efectu m o analiz a modului de numire a acestora, astfel ei sunt numi i de Pre edin teile statului la propunerea Consiliului Superior al Magistraturii. O alt garan ie important a independen ei judec torilor o reprezint inamovibilitatea lor consacrat în mod expres de prevederile art. 125 din Constitu ie, dar i statutul disciplinar al judec torului, potrivit c ruia aciunea disciplinar se judec i se solu ioneaz , dup o procedur special , de sec ia pentru judec tori ai Consiliului superior al Magistraturii¹⁹ i reprezint una dintre cele mai puternice garan ii ale independen ei judec torilor, datorit c reia acesta este ap rat de orice posibil ingerin de tipul revoc rii, transfer rii, suspend rii

¹⁸ Principiile fundamentale asupra independen ei sistemului judiciar au fost adoptate la cel de-al aptelea Congres al Na iunilor Unite privind prevenirea infrac iunilor i tratamentul infractorilor, care a avut loc la Milano în 1985, avizate prin rezolu iile nr.40/32 din 29 noiembrie 1985 i nr.40/146 din 3 decembrie 1985 ale Adun rii Generale a ONU.

¹⁹ Gr. Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 270.

sau ac iunii arbitrare, care altfel ar putea reprezenta modalit i de influen are a judec torului în scopul de a adopta o anumit decizie²⁰.

De asemenea Legea nr. 304/2004 tran eaz o problem asupra c reia exist anumite controverse la nivel european i anume independen a i impar ialitatea procurorului. În acest sens art. 62 alin. (4) prevede expres faptul c “parchetele sunt independente în rela iile cu instan ele judec tore ti, precum i cu celelalte autorit i publice”.

Iar în art. 62 alin. (2) se prevede expres faptul c „procurorii î i desf oar activitatea potrivit principiilor legalit ii, impar ialit ii i controlului ierarhic, sub autoritatea ministrului justi iei, în condi iile legii”. Astfel în activitatea judiciar , Ministerul Public trebuie s fie impar ial, nep rtinitor, s aib o atitudine independent fa de p r ile din proces, în sensul de a adopta solu ia corespunz toare f r a se l sa influen at de pozi ia social a p r ilor²¹.

Conform unui studiu efectuat pe trei palieri, în 2007 efectuat de c tre Transparency International România, independen a justi iei ca sistem, independen a colectivelor de magistra i din instan e i parchete i independen a individual a magistratului respondent, majoritatea magistra ilor (73,3%) percepea sistemul ca fiind independent. Printre cauzele identificate, în cadrul acestui studiu, ca posibile surse de afectare a independen ei magistra ilor se afl „ pozi iile publice ale oamenilor politici, modul de evaluare profesional i poten ialele ac iuni disciplinare, instabilitatea legislativ , pozi iile anumitor institu ii publice fa de activitatea institu iilor judiciare, precum i atitudinea justi iabililor²².

În ceea ce prive te impar ialitatea judec torului prin Decizia nr. 1042 din 14 septembrie 2010 Curtea Constitu ional statua faptul c „atât Constitu ia, cât i legea privind organizarea judiciar stabilesc, sub aspectul impar ialit ii, dreptul i obliga ia judec torilor de a se supune numai legii, activitatea de judecat desf urându-se, potrivit legii, strict în limitele cadrului legal. În ipoteza în care exist dubii cu privire la impar ialitatea

²⁰ I. Muraru, E. S. T n sescu (coord.), D. Apostol Tofan, F. Baias, V. M. Ciobanu, V. Cioclei, I. Condor, A. Cri u, . Deaconu, A. Popescu, Sorin Popescu, B. Selejan-Gu an, M. Tomescu, V. Vedina , I. Vida, C.Zam a, *Constitu ia României: comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, Bucure ti, 2008, p. 1227.

²¹ Gr. Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 145.

²² V. Alistar, I. Cop naru, D. Petru i, M. Alexandru, *Studiu privind percep ia magistra ilor asupra independen ei sistemului judiciar - 2007*, Editat de Transparency International România, p. 13.

judecătorului în prim instanță, există mijloace de apărare prevăzute de lege care asigură garanții suficiente pentru o judecată echitabilă.²³”

O astfel de garanție privind imparțialitatea magistraților este reprezentată de reglementarea în mod expres a cazurilor de incompatibilitate prin dispozițiile art. 64-65 Noul Cod de procedură penală. Aceste prevederi acoperă o paletă foarte largă și completă de situații incidente care ar putea afecta imparțialitatea judecătorilor, situații ce pot fi subiective, fiind de apanajul concepțiilor și propriilor sentimente ale judecătorilor datorită obiectului cauzei sau a persoanelor implicate cât și obiective, raportându-se la poziția procesuală pe care un judecător a avut-o anterior în aceeași cauză, poziție ce îl pune pe magistrat într-o situație de parțialitate și subiectivism²⁴.

Noul Cod de procedură penală a avut în vedere noi cazuri de incompatibilitate, în raport de principiile fundamentale consacrate de normele constituționale și de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, printre care amintim art. 64 alin. (1) lit. f) și anume situația în care “există o suspiciune rezonabilă că imparțialitatea judecătorului este afectată”²⁵.

Procedura abinerii și a recuzării constituie garanții ale respectării imparțialității de către magistrați. Abinerea dă posibilitatea persoanei care se află într-unul din cazurile de incompatibilitate reglementate de lege, de a nu participa la desfășurarea procesului penal.

Recuzarea reprezintă manifestarea de voință a unei dintre părți sau a procurorului, prin care, în lipsa unei cereri de abinere, se solicită îndepartarea din completul de judecată a persoanei considerată a fi incompatibilă²⁶. Instituția recuzării are rolul de a asigura „o judecată imparțială, în care părțile să fie protejate de eventuala prăjitură a judecătorului, cauzată de legătura de rudenie sau afinitate cu una dintre părți, interesul personal pe care îl are în soluționarea cauzei deduse judecării sau alte asemenea împrejurări, expres prevăzute de lege”²⁷.

²³ Curtea Constituțională, Decizia nr. 1042 din 14 septembrie 2010, M. Of. nr. 664 din 28 septembrie 2010, în T. Toader, *op. cit.*, p. 251.

²⁴ Gr. Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 280.

²⁵ Expunerea de motive cu privire la proiectul Noului Cod de procedură penală, consultat pe site-ul www.scj.ro, p. 6.

²⁶ Gh. Mateu, *Tratat de procedură* , p. 513.

²⁷ Curtea Constituțională, Decizia nr. 105 din 1 februarie 2011, M. Of. nr. 197 din 22 martie 2011, în T. Toader, *op. cit.*, p. 57.

Pentru a nu se ajunge la o tergiversare inutil a cauzei Noul Cod de procedur penal reglementeaz în art. 67 alin. 2 inadmisibilitatea recuz rii judec torului sau procurorului chemat s decid asupra recuz rii. În acest sens art. 68 alin. 7) prevede foarte clar faptul c „încheierea prin care se solu ioneaz cererea de ab inere ori prin care se admite cererea de recuzare nu este supus niciunei c i de atac”²⁸.

O alt solu ie legislativ pentru garantarea impar ialit ii judec torilor o reprezint i procedura str mut rii. Codul de procedur penal anterior prevedea în art. 55 str mutarea judec rii cauzei la o alt instan egal în grad în situa ia în care „impar ialitatea judec torilor ar putea fi tirbit datorit împrejur rilor cauzei, du m niilor locale sau calit ii p r ilor, când exist pericolul de tulburare a ordinii publice ori când una dintre p r i are o rud sau un afîn pân la gradul al patrulea inclusiv printre judec tori sau procurori, asisten ii judiciari sau grefierii instan ei”. Noul C. proc. pen. p streaz , în art. 71, ca temei pentru dispunerea str mut rii situa ia în care exist “o suspiciune rezonabil c impar ialitatea tuturor judec torilor este afectat datorit împrejur rilor cauzei sau calit ii p r ilor, ori atunci când exist pericolul de tulburare a ordinii publice”. Consider m a fi discutabil înl turarea din noua reglementare a unor împrejur ri de fapt care ar aduce atingere impar ialit ii sau obiectivit ii judec torilor unei instan e, în condi iile în care de multe ori pentru practicieni o prevedere expres detaliat este binevenit i totodat reprezint un instrument mai eficient.

În Decizia nr. 226/2006²⁹ Curtea Constitu ional a statuat faptul c str mutarea reprezint „o procedur special de stabilire a competen ei teritoriale a instan ei de judecat cu scopul asigur rii condi iilor unui proces echitabil, în care p r ile s dispun de acelea i mijloace de ap rare i s aib posibilitatea s î i exercite dreptul la ap rare în mod efectiv i eficient.”

Apreciem c procedura str mut rii r spunde exigen elor impuse de art. II.2. lit. f) din Recomandarea Nr. (94) 12 Privind independen a, eficien a i rolul judec torilor care prevede faptul c „unui judec tor nu-i poate fi "luat " o cauz f r vreun motiv întemeiat, cum ar fi o boal grav sau existen a unui conflict de interese. Motivele i procedura pentru acest

²⁸ Expunerea de motive cu privire la proiectul Noului Cod de procedur penal , consultat pe site-ul www.scj.ro, p. 6.

²⁹ Curtea Constitu ional , Decizia nr. 226/2006, Monitorul Oficial nr. 249 din 31 martie 2006, în Luciana Mere, Lucia Rog, Lia Savonea, Remus Bud i, *Codul de procedur penal* , Editura C.H. Beck, Bucure ti, 2008, p. 213.

desesizare trebuie prevăzute de lege și nu trebuie să fie influențate de vreun interes al guvernului sau al administrației. Decizia privind retragerea unei cauze de la un judecător trebuie să fie luată de o autoritate ce se bucură de aceeași independență în plan judiciar ca și judecătorii”.

