

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

– *SERIA DREPT* –

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

– *LAW SERIES* –

Nr. 2/2018

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

Prof. univ. dr. Attila BADÓ – Universitatea din Szeged (Ungaria)
Prof. univ. dr. Bernardo CORTESE – Universitatea din Padova (Italia)
Prof. univ. dr. Csaba FENYVESI – Universitatea din Pécs (Ungaria)
Prof. univ. dr. Dušan NIKOLIĆ – Universitatea din Novi Sad (Serbia)

REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:

Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA – Drept civil și Drept comercial
Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA – Drept penal și Drept procesual penal
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU – Drept administrativ
Prof. univ. dr. Radu BUFAN – Drept financiar și Drept fiscal
Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN – Drept civil
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA – Drept comercial

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Prof. univ. dr. Claudia ROȘU – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil
Lect. univ. dr. Codruța GŪZEI-MANGŪ – redactor – secțiunea Drept civil
Lect. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal
Lect. univ. dr. Flaminia STĂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ
Lect. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU – redactor – secțiunea Drept procesual penal

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

Secțiunea de Drept public

Repere din jurisprudența Comitetului ONU pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale*

Brief Overview of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Jurisprudence

Conf. univ. dr. **Laura-Maria CRĂCIUNEAN-TATU***

Universitatea Lucian Blaga din Sibiu,

Facultatea de Drept

Abstract

Unlike the Human Rights Committee, which is a conventional body set up under the International Covenant on Civil and Political Rights the UN Committee on Social Economic and Cultural Rights is a UN organ, unconventional, being set up in 1985 by a Resolution of the Economic and Social Council.

The quasi-jurisdiction of the Committee does not arise either from the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights or from the ECOSOC Resolution but was acquired recently on 5 May 2013 with the entry into force of the Optional Protocol to the ICESCR. Pursuant to Articles 1-9 of OP-ICESCR, the Committee may receive and settle individual communications filed by individuals on behalf of individuals or groups of individuals under the jurisdiction of the State Party to the Protocol on rights enshrined in the ICESCR. The Committee is therefore in a position to proceed with the settlement of such individual communications only in respect of States which have expressed their consent to be parties to this Protocol. So far, 24 States have become parties to this

* Prezenta lucrare are la bază comunicarea prezentată în cadrul secțiunii *Drept european și internațional* a Conferinței Internaționale Bienale a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, desfășurată la Timișoara, între 2 și 3 noiembrie 2018.

* laura.craciunean@gmail.com

Protocol, thus accepting the Committee's jurisdiction.

This paper aims to give an overview of the jurisprudential lines that CESCR has managed to outline so far (Section II) and to provide a starting point and reflection for further and necessary steps from the CESCR. The final part is reserved for the conclusions (Section III).

Keywords: *ESC rights; justiciability; right to adequate housing; right to social security; admissibility ratione temporis; protection of family*

Rezumat

Spre deosebire de Comitetul Drepturilor Omului, care este un organ convențional fiind stabilit prin Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, Comitetul ONU pentru Drepturile Economice Sociale și Culturale este un organ al ONU, neconvențional, fiind înființat, în 1985, printr-o Rezoluție a Consiliului Economic și Social.

Competența cvasi-jurisdicțională a Comitetului nu rezultă nici din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale și nici din Rezoluția ECOSOC de înființare ci a fost dobândită, relativ recent, la 5 mai 2013, odată cu intrarea în vigoare a Protocolului Opțional la PIDESC. Potrivit articolelor 1-9 din PO-PIDESC Comitetul poate primi și soluționa comunicări/plângeri individuale introduse de persoane fizice, în numele unor persoane fizice sau a unor grupuri de persoane fizice care se găsesc sub jurisdicția Statului-parte la Protocol, cu privire la drepturile înscrise în PIDESC. Astfel, Comitetul este în măsură să procedeze la soluționarea acestor comunicări/plângeri individuale numai cu privire la statele care și-au exprimat consimțământul de a fi părți la acest Protocol. Până în prezent, 24 de state au devenit părți la acest Protocol acceptând, în acest mod, jurisdicția Comitetului.

Prezenta lucrare își propune să ofere o privire de ansamblu asupra liniilor jurisprudențiale pe care CDESC a reușit să le contureze până în prezent (Secțiunea a II-a) și să ofere un punct de plecare și reflecție pentru demersuri ulterioare și necesare din partea CESCR. Partea finală este rezervată concluziilor (Secțiunea a III-a).

Cuvinte-cheie: *drepturi economice, sociale și culturale, justițiabilitate, dreptul la o locuință adecvată, dreptul la securitate socială, admisibilitate ratione temporis, protecția familiei*

I. Aspecte introductive

Spre deosebire de Comitetul Drepturilor Omului¹, care este un organ convențional fiind stabilit prin Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice², Comitetul

¹ Abreviat, în cele ce urmează, CDO.

² Abreviat, în cele ce urmează, PIDCP.

ONU pentru Drepturile Economice Sociale și Culturale³ este un organ al ONU, neconvențional, fiind înființat, în 1985, printr-o *Rezoluție*⁴ a Consiliului Economic și Social⁵.

Competența cvasi-jurisdicțională a Comitetului nu rezultă nici din *Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale*⁶ și nici din *Rezoluția ECOSOC de înființare* ci a fost dobândită, relativ recent, la 5 mai 2013, odată cu intrarea în vigoare a *Protocolului Opțional la PIDESC*⁷. Potrivit articolelor 1-9 din *PO-PIDESC* Comitetul poate primi și soluționa comunicări/plângeri individuale introduse de persoane fizice, în numele unor persoane fizice sau a unor grupuri de persoane fizice care se găsesc sub jurisdicția Statului-parte la Protocol, cu privire la drepturile înscrise în *PIDESC*. Astfel, Comitetul este în măsură să procedeze la soluționarea acestor comunicări/plângeri individuale numai cu privire la statele care și-au exprimat consimțământul de a fi părți la acest Protocol. Până în prezent, 24 de state⁸ au devenit părți la acest Protocol acceptând, în acest mod, jurisdicția Comitetului.

Majoritatea statelor membre ale ONU (169), deși admit universalitatea, indivizibilitatea, egalitatea și interdependența tuturor drepturilor omului⁹, evaluează oportunitatea ratificării acestui instrument convențional și sunt, deocamdată, reticente în a recunoaște caracterul justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale considerând că acesta ar fi rezervat exclusiv drepturilor civile și politice¹⁰. În cazul în care justițiabilitatea nu este neapărat un motiv de reticență, faptul că este necesar, pentru a constata dacă un stat respectă sau nu drepturile economice, sociale și culturale, să fie făcute analize amănunțite ale politicilor sale în domenii precum cel fiscal, locuințe, sănătate, educație sau cultură, se constituie într-un astfel de motiv. Practica internațională, în special în materia raportărilor periodice, a evidențiat că statele sunt puțin dispuse să lase în sarcina unui organ internațional, fie el și cvasi-jurisdicțional, analizarea acestor domenii.

În aceste condiții, exercitarea de către CDESC a competenței sale cvasi-jurisdicționale apare ca o activitate aflată la început de drum. Jurisprudența Comitetului este în plin proces de conturare, fiind limitată din punct de vedere substanțial, în special la aplicarea

³ Abreviat, în cele ce urmează, CDESC.

⁴ ECOSOC, *Rezoluția* 1985/17 din 28 mai 1985. A se vedea pentru textul integral al acestui document, în limba engleză: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

⁵ Abreviat, în cele ce urmează, ECOSOC.

⁶ Abreviat, în cele ce urmează, *PIDESC*.

⁷ Abreviat, în cele ce urmează, *PO-PIDESC*.

⁸ La data de 1 noiembrie 2018 erau State-părți la *PO-PIDESC* următoarele: Argentina, Belgia, Bolivia, Bosnia și Herțegovina, Capul Verde, Republica Central Africană, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Finlanda, Franța, Gabon, Honduras, Italia, Luxemburg, Mongolia, Muntenegru, Niger, Portugalia, San Marino, Slovacia, Spania, Uruguay și Venezuela.

⁹ *Declarația și Planul de acțiune* adoptate, de 173 de state, în cadrul Conferinței Mondiale a Națiunilor Unite cu privire la Drepturile Omului, Viena, 12 iulie 1993, UN/Doc.A/CONF.157/23, Part. 1.

¹⁰ Pentru o poziție explicită în acest sens a se vedea Confederația Elvețiană și Olanda. Pentru amănunte privind poziția Confederației Elvețiene în privința caracterului justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale a se vedea și Jörg Künzli, *Effectivité et justiciabilité des DESC în La Suisse et les droits économiques, sociaux et culturels*, Rapport final du séminaire sur la dissémination des recommandations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU a la Suisse, martie 2013, p. 33-34.

articolul 2 alin. 2 (*interzicerea oricărei discriminări*)¹¹, a articolul 9 (*dreptul la securitate socială*)¹², a articolul 10 (*protecția familiei*)¹³ și a articolul 11 (*dreptul la o locuință adecvată*)¹⁴ din *PIDESC*. Apoi, în concret, exercitarea competenței Comitetului de a soluționa comunicări individuale a vizat un număr restrâns de State-părți. Astfel, în proporție de aproape 70%¹⁵, soluțiile adoptate de CDESC au vizat Spania, au fost cauze repetitive care au pus în discuție, din punct de vedere substanțial, mai ales articolul 11 din *PIDESC*, dreptul la o locuință adecvată. Restul opiniilor adoptate au vizat Ecuadorul (patru soluții) și Portugalia (o soluție). În prezent, în fața Comitetului se află în curs de soluționare comunicări individuale care privesc Italia (o comunicare individuală – articolele 2 alin.1, 10, 12 alin. 1 și 2, lit. c și d, și articolul 15 alin. 2 și 3 – donarea unor embrioni produși prin fertilizare *in vitro*, pentru cercetare științifică); Luxemburgul (o comunicare individuală – articolul 8 – concedierea unui lider sindical), Belgia (o comunicare individuală – articolul 11 – evacuare forțată la terminarea contractului de închiriere), și, din nou, Spania (44 de comunicări individuale – articolele 2 (2), 10 și 11 – dreptul la un remediu efectiv pentru a proteja dreptul la o locuință în contextul unor clauze contractuale abuzive; evacuarea forțată a unei persoane condamnată pentru uzurpare și evacuarea unei familii care ocupă în mod ilegal un imobil).

¹¹ Articolul 2 alin. 2: „Statele părți la prezentul Pact se angajează să garanteze că **drepturile** enunțate în el **vor fi exercitate fără nici o discriminare** întemeiată pe rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau orice altă opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau orice altă împrejurare”.

¹² Articolul 9: „Statele părți la prezentul Pact recunosc **dreptul** pe care îl are orice persoană **la securitate socială**, inclusiv asigurări sociale”.

¹³ Articolul 10: „ (1) Statele părți la prezentul Pact recunosc că: 1. O ocrotire și o **asistență** cât mai largă cu putință trebuie acordată **familiei**, elementul natural și fundamental al societății, în special pentru întemeierea sa și în răstimpul cât are responsabilitatea întreținerii și educării copiilor care sunt în sarcina sa. Căsătoria trebuie să fie liber consimțită de viitori soți. (2) O ocrotire specială trebuie acordată mamelor, într-o perioadă de timp rezonabilă, înainte și după nașterea copiilor. Mamele salariate trebuie să beneficieze, în decursul acestei perioade, de un concediu plătit sau de un concediu beneficiind de alocații de securitate socială adecvate. (3) Măsuri speciale de ocrotire și de asistență trebuie luate în favoarea tuturor copiilor și adolescenților, fără nici o discriminare din motive de filiațiune sau din alte motive. Copiii și adolescenții trebuie ocrotiți împotriva exploatării economice și sociale. Folosirea lor la lucrări de natură a le dăuna moralității sau sănătății, de a le pune viața în primejdie sau de a dăuna dezvoltării lor normale trebuie sancționată prin lege. Statele trebuie, de asemenea, să stabilească limite de vârstă sub care folosirea muncii salariate a copiilor va fi interzisă și sancționată prin lege”.

¹⁴ Articolul 11: „ (1) Statele părți la prezentul Pact recunosc **dreptul** oricărei persoane la un nivel de trai suficient pentru ea însăși și familia sa, inclusiv hrană, îmbrăcăminte și **locuință** suficiente, precum și la o îmbunătățire continuă a condițiilor sale de existență. Statele părți vor lua măsuri potrivite pentru a asigura realizarea acestui drept și recunosc în acest scop importanța esențială a unei cooperări internaționale liber consimțite. (2) Statele părți la prezentul Pact, recunoscând dreptul fundamental pe care îl are orice persoană de a fi la adăpost de foame, vor adopta, individuale și prin cooperare internațională, măsurile necesare, inclusiv programe concrete: a) pentru a îmbunătăți metodele de producție, de conservare și de distribuție a produselor alimentare prin deplina utilizare a cunoștințelor tehnice și științifice, prin difuzarea principiilor de educație în ce privește nutriția și prin dezvoltarea sau reforma regimurilor agrare, în așa fel încât să asigure cât mai bine punerea în valoare și utilizarea resurselor naturale; b) pentru a asigura o repartitie echitabilă a resurselor alimentare mondiale în raport cu nevoile, ținând seama de problemele care se pun atât țărilor importatoare, cât și țărilor exportatoare de produse alimentare”.

¹⁵ 11 din cele 16 opinii ale CDESC au vizat Spania.

Având în vedere limitările menționate în paragraful anterior, prezenta lucrare își propune să ofere o privire de ansamblu asupra liniilor jurisprudențiale pe care CDESC a reușit să le contureze până în prezent (**Secțiunea a II-a**) și să ofere un punct de plecare și reflecție pentru demersuri ulterioare și necesare din partea CESCR. Partea finală este rezervată concluziilor (**Secțiunea a III-a**).

II. Repere substanțiale și procedurale din jurisprudența CDESC

a. Sub aspect **substanțial**, așa cum am menționat deja, comunicările individuale adresate Comitetului au vizat, în special: articolele 9, 10 și 11 privitoare la **dreptul la securitate socială, protecția familiei și dreptul la locuință**. Uneori Comitetul a coroborat aceste articole cu art. 2(2) privind **interzicerea oricărei discriminări**.

Comitetul a adoptat, până în acest moment, opinii¹⁶ în privința a cinci comunicări individuale¹⁷. Restul comunicărilor individuale înregistrate fiind respinse pentru neîndeplinirea condițiilor de admisibilitate¹⁸. În două dintre cele cinci cauze opiniile CDESC au fost de admitere¹⁹ iar în restul de trei, opiniile au fost de respingere.

În cele ce urmează, ne vom referi la cele două opinii de admitere și la una dintre opiniile de respingere²⁰ și vom evidenția liniile de jurisprudență conturate de Comitet în privința drepturilor enunțate mai sus.

a.1. Astfel, în *Cauza I.D.G. c. Spaniei* (15 iunie 2015)²¹ CDESC a adoptat prima sa opinie de admitere a unei comunicări individuale. În soluția de admitere, Comitetul a apreciat că, Statul-parte, prin **neasigurarea dreptului autoarei comunicării la un remediu efectiv, în scopul de a-și proteja dreptul la o locuință, a încălcat, în ceea ce o privește pe aceasta, art. 11 (1) coroborat cu art. 2 (2) din PIDESC**.

Pentru a se putea pronunța asupra fondului, Comitetul a stabilit, în faza inițială a examinării pe fond, întrebarea juridică la care este chemat să răspundă, respectiv: **dacă dreptul la locuință al autoarei comunicării, așa cum acest drept este prevăzut de art. 11 (1) al**

¹⁶ Opinia (eng. *view*) este actul prin care Comitetul soluționează o comunicare/plângere individuală.

¹⁷ CDESC, *Cauza Trujillo Calero c. Ecuadorului*, Opinia din 26 martie 2018, E/C.12/63/D/10/2015; CDESC, *Cauza Alarcon Flores c. Ecuadorului*, Opinia din 4 octombrie 2017, E/C.12/62/D/14/2016; CDESC, *Cauza López Rodrigues c. Spaniei*, Opinia din 4 martie 2016, E/C.12/57/D/1/2013; CDESC, *Cauza Ben Djazia c. Spaniei*, Opinia din 20 iunie 2017, E/C.12/61/D/5/2015 și CDESC, *Cauza I.D.G. c. Spaniei*, Opinia din 15 iunie 2015, E/C.12/55/D/2/2014.

¹⁸ A se vedea, pentru aspectele teoretice privitoare la condițiile de admisibilitate a unei comunicări individuale în fața CDESC, L.-M. Crăciunean, *Protecția drepturilor culturale în dreptul internațional*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p.127-130.

¹⁹ CDESC, *Cauza Ben Djazia c. Spaniei* și CDESC, *Cauza I.D.G. c. Spaniei*.

²⁰ CDESC, *Cauza Lopez Rodriguez c. Spaniei*, Opinia din 4 martie 2016, E/C.12/57/D/1/2013.

²¹ CDESC, *Cauza I.D.G. c. Spaniei*. Pentru aspectele de fapt ale acestei comunicări, opinia adoptată și adnotările ei a se vedea și L.-M. Crăciunean, *Comitetul pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale al ONU: Prima opinie de admitere a unei comunicări individuale. Lipsa accesului efectiv la o instanță în scopul protejării dreptului la o locuință adecvată (art. 2 para.1 și art. 11 para.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale)*, în *AULB* nr. 1/2016, p. 233-247.

PIDESC, a fost încălcat de Statul-parte ca urmare a desfășurării unei proceduri de executare a ipotecii, procedură asupra căreia, autoarea comunicării nu ar fi fost notificată fiind astfel pusă în imposibilitatea de a-și apăra drepturile prevăzute în Pact.

Pentru a răspunde la întrebare, Comitetul a adoptat următoarea schemă logică: a amintit componentele dreptului la o locuință adecvată, așa cum aceste componente au fost stabilite, de-a lungul timpului, prin comentariile sale generale, în special, *Comentariile generale nr. 4 din 1992*²² și *nr. 7 din 1997*²³ iar apoi, în contextul respectiv, a procedat la aprecierea, în drept, a elementelor de fapt expuse de autoarea comunicării, pronunțând, în final, și soluția (sub formă de concluzii și recomandări).

Astfel, în activitatea anterioară a Comitetului **dreptul la o locuință adecvată** a fost calificat ca un **drept fundamental considerat de importanță centrală** pentru ca o persoană să se poată bucura de toate celelalte drepturi economice, sociale și culturale²⁴. Dreptul la o locuință adecvată este un drept **legat indisolubil de alte drepturi ale omului**, inclusiv drepturile înscrise în *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*²⁵ (drepturile civile și politice)²⁶, și, pe cale de consecință, el trebuie să fie asigurat tuturor persoanelor, independent de veniturile deținute ori de accesul acestora la resursele economice²⁷. În plus, multe dintre componentele dreptului la o locuință adecvată **se află în strânsă conexiune cu acele prevederi din dreptul național ce se referă la remediile juridice legale necesar a fi asigurate pentru ca o persoană să se poată bucura efectiv de acest drept**²⁸. Comitetul a amintit faptul că, persoanele ar trebui să se bucure de securitatea posesiei asupra unui bun fapt ce presupune protecție legală împotriva evacuării forțate, hărțuirii sau altor asemenea fapte²⁹. În plus, situațiile de evacuare forțată sunt, *prima facie*, incompatibile cu prevederile *PIDESC* și pot fi justificate numai prin împrejurări excepționale care sunt în concordanță cu principiile relevante ale dreptului internațional³⁰.

În acest context, **în drept**, Comitetul a apreciat că **lipsa unei notificări adecvate într-o procedură de executare a ipotecii ar putea să aducă atingere dreptului la o locuință adecvată**, prevăzut de art. 11 (1) din Pact, text care ar trebui coroborat cu art. 2 (2), din același instrument juridic.

Argumentele folosite de Comitet pentru a-și motiva soluția reușesc să pună, foarte bine, în lumină abordările generale ale acestui organism în materia justițiabilității drepturilor economice, sociale și culturale, în general, și a dreptului la o locuință adecvată, în special, precum și a caracterelor indivizibil, interdependent și interconectat ale tuturor

²² CDESC, *Comentariul general nr. 4 din 1992 cu privire la dreptul la o locuință adecvată* (art. 11 (1) din *PIDESC*), E/1992/23.

²³ CDESC, *Comentariul general nr. 7 din 1997 cu privire la dreptul la o locuință adecvată: Evacuările forțate* (art. 11(1) din *PIDESC*), E/1998/22.

²⁴ CDESC, *Comentariul general nr. 4/1992*, para. 1.

²⁵ Abreviat, în cele ce urmează, PIDCP.

²⁶ CDESC, *Comentariul general nr. 4/1992*, para. 7 și 9.

²⁷ CDESC, *Comentariul general nr. 4/1992*, para. 7.

²⁸ CDESC, *Comentariul general nr. 4/1992*, para. 17.

²⁹ CDESC, *Comentariul general nr. 4/1992*, para. 8 (a).

³⁰ CDESC, *Comentariul general nr. 4/1992*, para. 18 și *Comentariul general nr. 7/1997*, para. 1.

drepturilor omului, fie că vorbim despre drepturi civile și politice ori despre drepturi economice, sociale sau culturale. Astfel, în opinia Comitetului "datorită inter-relaționării și interdependenței tuturor drepturilor omului, evacuările forțate pot aduce atingere și altor drepturi, nu numai dreptului la o locuință adecvată. Astfel, ele pot să constituie violări ale unor drepturi civile și politice cum ar fi: dreptul la viață, dreptul la securitatea persoanei, dreptul de non-ingerință în viața privată, de familie și în domiciliul persoanei și dreptul de a se bucura de posesia pașnică a proprietății".

Comitetul a enunțat și o serie de garanții procedurale care este necesar să fie respectate într-un proces echitabil iar, pentru situația prezentă în cauză, apreciem ca relevante cerințele: 1. unei notificări adecvate și rezonabile a persoanelor afectate, notificare care trebuie efectuată înainte de data programată pentru evacuare (pct. 15, lit. b) și 2. existența în dreptul statului a unor remedii juridice efective (pct. 15, lit. g).

Opinia menționată i-a dat prilejul Comitetului, să-și reia o poziție mai veche, exprimată în *Comentariul său general nr. 7*. Cu acel prilej, Comitetul a statuat faptul că: „protecția procedurală corespunzătoare și procesul echitabil sunt aspecte esențiale ale tuturor drepturilor omului și au o dimensiune aparte în procesele privind evacuările forțate. (...), protecția procedurală presupune și stipularea, în legislația Statului-parte, a necesității unei notificări adecvate și rezonabile, înainte ca persoanele în cauză să fie evacuate, precum și a dreptului la asistență legală pentru asigurarea apărării”.

Elementul de noutate, în cauza de față, este **extinderea interpretării inițiale a Comitetului** și aprecierea că o protecție precum cea menționată mai sus este, în egală măsură, aplicabilă și potrivită **și în alte situații similare, cum ar fi procedurile de executare a ipotecii, care pot să afecteze de o manieră serioasă dreptul la locuință** (para. 12.1).

Opinia este, sub acest aspect, în armonie cu *Comentariul general nr. 3* care statuează că nu există o diferență fundamentală, de natură, între obligațiile care revin statelor părți în temeiul *PIDCP*, respectiv în temeiul *PIDESC* dar și cu *Comentariul general nr. 9 referitor la aplicarea la nivel național a PIDESC*³¹. În cel din urmă, CDESC a continuat și a dezvoltat retorica din cel dintâi, menționând, explicit, legătura cu *Comentariul general nr. 3* și accentuând faptul că flexibilitatea în implementarea Pactului, rezultată din formularea „realizare progresivă”, coexistă cu obligația care revine fiecărui Stat-parte să utilizeze toate mijloacele aflate la dispoziția sa pentru a da efect drepturilor recunoscute în Pact. În acest fel, aplicarea la nivel național a Pactului trebuie făcută cu luarea în considerare a două principii fundamentale ale dreptului internațional, și anume: niciun stat nu poate invoca prevederile din dreptul său național ca o justificare pentru nerespectarea unui tratat internațional (art. 27 din Convenția de la Viena, 1969) și orice persoană are dreptul la un remediu efectiv în fața tribunalelor naționale competente, pentru acte care încalcă drepturi fundamentale acordate de către constituție sau de către legi.

În special cel de al doilea principiu, menționat mai sus, este important pentru consacrarea justițiabilității drepturilor economice, sociale și culturale deoarece descrie importanța

³¹ CDESC, *Comentariul general nr. 9 din 1998 cu privire la aplicarea la nivel național a PIDESC*, E/C.12/1998/24, 3 decembrie 1998.

remediilor judiciare în implementarea prevederilor Pactului și, insistând asupra justițiabilității, realizează o punte de legătură între *PIDCP* și *PIDESC*.

În acest sens, Comentariul evidențiază și faptul că „atunci când guvernele sunt implicate în proceduri în fața instanțelor de judecată, ele trebuie să promoveze acele interpretări ale legii naționale care dau efect obligațiilor lor rezultate din Pact” și că „în formarea judiciară ar trebui să fie luată în calcul justițiabilitatea *PIDESC*” (para. 11).

Mai mult, paragraful 10 al Comentariului insistă și asupra indivizibilității și interdependenței tuturor drepturilor omului: „Adoptarea unei clasificări rigide a drepturilor economice, sociale și culturale care le-ar pune, prin simpla definiție, în afara competenței instanțelor de judecată ar fi arbitrară și, astfel, incompatibilă cu principiul potrivit căruia cele două categorii de drepturi ale omului (s.n. civile și politice, pe de o parte, economice, sociale și culturale, pe de altă parte) sunt indivizibile și interdependente. În felul acesta, s-ar lua practic dreptul instanțelor de judecată de a proteja drepturile unora dintre cele mai vulnerabile grupuri existente în cadrul societăților naționale”.

Pentru aceste considerente apreciem că vorbim despre o primă opinie foarte interesantă a CDESC opinie în care acesta a încercat să sintetizeze mai multe dintre dezvoltările produse, în ultimii 25 de ani, în sfera drepturilor economice, sociale și culturale.

a. 2. Cea de a doua cauză relevantă, sub aspect substanțial, este, fără îndoială, **Cauza Ben Djazia c. Spaniei** (20 iunie 2017)³². În aceasta Comitetul a considerat că există o violare a dispozițiilor Pactului. Astfel, în absența unor argumente rezonabile din partea Statului-parte, cu privire la măsurile luate (folosind la maxim resursele sale disponibile) **evacuarea autorilor, fără a le fi garantată o locuință alternativă, constituie o violare** a dreptului acestora la o locuință adecvată așa cum acest drept este prevăzut în articolul 11 din *PIDESC*, coroborat cu articolele 2 (2) și 10 (1) din Pact.

Pe fondul cauzei, după luarea în considerare a aspectelor de fapt și a susținerilor părților, CDESC a apreciat că problema juridică esențială care este ridicată de prezenta comunicare este aceea **dacă, evacuarea autorilor din locuința închiriată, prin ordinul judecătoresc al instanței nr. 37 din Madrid, la expirarea termenului contractului de închiriere, și fără ca autoritățile să le asigure acestora o locuință alternativă, constituie sau nu o violare a dreptului la o locuință adecvată**, în sensul articolului 11 (1) din Pact, **luându-se în considerare și faptul că autorii au fost puși în situația de persoane ale străzii (persoane fără adăpost)?**

Pentru a răspunde la această întrebare, Comitetul a procedat de următoarea manieră: în primul rând, a abordat argumentul Statului-parte cum că litigiul este strict o problemă dintre două persoane private, fără relevanță pentru dispozițiile Pactului; în al doilea rând,

³² CDESC, *Cauza Ben Djazia c. Spaniei*. Pentru aspectele de fapt ale acestei comunicări, opinia adoptată și adnotările ei a se vedea și L.-M. Crăciunean, *Comitetul pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale al ONU: Opinie de admitere a unei comunicări individuale. Evacuarea autorului comunicării și a familiei acestuia fără asigurarea unei locuințe alternative și lăsarea acestora în situația de persoane ale străzii constituie o violare a dreptului la o locuință adecvată (articolul 11 alin. 1, coroborat cu articolul 2 (2) și 10 alin.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale. Măsuri pentru a asigura efectivitatea drepturilor din Pact. Dreptul la o locuință adecvată în context familial*, în AULB nr. 1/2017, p. 233-244.

Comitetul a reamintit care sunt componentele juridice ale dreptului la o locuință adecvată, în general, și apoi, în special, raportat la persoanele care locuiesc în apartamente închiriate și, în al treilea rând, a evidențiat ce presupune protecția juridică a acestui drept. În final, Comitetul a analizat dacă evacuarea autorilor fără a le fi acordată o locuință alternativă constituie sau nu o violare a dreptului lor la o locuință.

Astfel, **dreptul la o locuință adecvată este un drept fundamental** al ființei umane ce constituie baza pentru ca o persoană să se bucure de toate drepturile economice, sociale și culturale; el deține legături cu toate celelalte drepturi fundamentale, inclusiv cele prevăzute de *PIDCP*. Dreptul la o locuință adecvată **presupune**, printre altele, și un anumit **grad de certitudine cu privire spațiul locuit**, care să garanteze celor care locuiesc acolo o protecție legală împotriva evacuărilor sau a altor amenințări de acest gen. Aceste garanții sunt, în egală măsură, valabile și pentru persoanele care locuiesc în spații închiriate, indiferent dacă spațiul închiriat este public sau privat.

Evacuările forțate sunt, *prima facie*, incompatibile cu cerințele Pactului și se pot justifica numai în circumstanțe excepționale, în conformitate cu principiile relevante ale dreptului internațional. Conform *Comentariului general nr. 7* aceste reguli se aplică tuturor, inclusiv persoanelor care locuiesc în locuințe închiriate. Când evacuările sunt justificate **autoritățile competente trebuie să garanteze că au în vigoare o legislație compatibilă cu cerințele PIDESC**, inclusiv cu principiul demnității umane, enunțat în preambulul Pactului, precum și cu principiile caracterului rezonabil și al proporționalității. În plus, Statele-părți trebuie să se asigure că persoanele care ar putea fi afectate, spre exemplu de evacuări forțate, au dreptul la un **recurs judiciar efectiv și corespunzător**.

Cauza menționată i-a dat posibilitatea Comitetului să atingă o problematică mai vastă care a cuprins: aplicarea *PIDESC* și în raporturile dintre persoanele private; legătura dintre dreptul la o locuință adecvată și drepturile civile și politice pe de o parte și demnitatea umană, pe de cealaltă parte; caracterul real și efectiv al consultărilor dintre autorități și persoana afectată printr-o măsură a acestora ori impactul pe care încălcarea dreptului la o locuință adecvată îl poate avea asupra protecției familiei. Vom detalia aceste aspecte în cele ce urmează, astfel:

- **aplicarea PIDESC și în raporturile dintre persoane private**. Așa cum am precizat deja, comunicarea de față i-a dat prilejul CDESC să privească și să evalueze obligațiile statului în asigurarea dreptului la o locuință adecvată, și în raporturile de pe orizontală, dintre persoane private. Astfel, Comitetul statuat faptul că **obligația de protecție a chiriașilor este o obligație statală** și că, deși litigiul pare să fie unul între chiriaș și locator, cu privire la expirarea unui termen contractual, o astfel de dispută este reglementată în ordinea juridică a Statului-parte. Statele care sunt părți la părți la *PIDESC* au nu numai obligația de a respecta drepturile prevăzute în Pact, ci și obligația de a le proteja prin adoptarea unor măsuri care să fie destinate să evite disensiunile, directe sau indirecte, dintre persoanele private, cu privire la posibilitatea de a se bucura de aceste drepturi. Așadar, **o evacuare care este în legătură cu un contract de închiriere încheiat între două persoane private, poate să afecteze drepturile prevăzute în Pact**;

- **legătura dintre dreptul la o locuință adecvată și drepturile civile și politice**, pe de o

parte și **demnitatea umană** pe de altă parte, în condițiile indivizibilității și interdependenței tuturor drepturilor omului. Comitetul a apreciat că politicile de locuire alternativă, în caz de evacuare, trebuie să fie proporționale cu necesitățile persoanelor afectate, cu urgența situației și să respecte demnitatea umană a persoanei. **Statul vizat trebuie să ia măsuri, de o manieră coerentă și coordonată, pentru a rezolva neajunsurile instituționale și cauzele structurale ale lipsei de locuințe.** Lipsa de locuințe sociale se găsește în strânsă legătură și cu alte probleme structurale, precum șomajul și diferitele forme de excludere socială iar autoritățile trebuie să rezolve aceste probleme printr-un răspuns adecvat, oportun și coordonat, în limita resurselor lor maxime disponibile;

- **caracterul real și efectiv al consultărilor dintre autorități și persoana afectată printr-o măsură a acestora.** Când măsuri de tipul evacuărilor sunt dispuse ar trebui să existe o **oportunitate autentică, de consultare reală și efectivă** între autorități și persoanele afectate. În plus, Statele-părți trebuie să acorde o atenție specială cazurilor de evacuare care ar putea afecta femeile, copiii, persoanele vârstnice sau pe cele cu dizabilități, precum și orice alți indivizi sau grupuri care suferă o discriminare sistemică sau care se găsesc într-o situație de vulnerabilitate;

- **impactul pe care încălcarea dreptului la o locuință adecvată îl poate avea asupra protecției familiei,** în condițiile articolului 10 din *PIDESC*. În *Cauza Ben Djazia c. Spaniei*, deși autorul cererii nu s-a referit la acest aspect, Comitetul a extins analiza și la impactul pe care încălcarea dreptului la o locuință adecvată îl poate avea asupra familiei. Astfel, a statuat Comitetul: „La fel cum drepturile omului sunt interdependente și indivizibile, tot așa sunt și **obligățiile statelor cu privire la dreptul la locuință trebuie interpretate în coroborare cu celelalte drepturi ale omului; în mod particular, în contextul evacuărilor, cu obligația de a acorda familiei cea mai amplă protecție posibilă**, în conformitate cu articolul 10 (1) din Pact”. Această protecție vizează nu numai obligația de a acorda o locuință alternativă persoanelor care urmează să fie evacuate ci și pe aceea **de a proteja unitatea familială**. Or, în cazul de față, oferta făcută de serviciile sociale spaniole, respectiv aceea ca autorul plângerii să locuiască într-o instituție destinată persoanelor fără adăpost iar soția sa, împreună cu copiii minori, într-un centru pentru femei, este de natură a rupe nucleul familial și, astfel, este în contradicție cu obligația statului de a asigura cea mai bună și amplă protecție a familiei ca element fundamental al societății.

Ca o idee generală, Comitetul a abordat și **problema politicilor statale în materie fiscală și locativă**. Astfel, Comitetul a considerat că statele beneficiază de o anumită marjă de apreciere atunci când dispun anumite măsuri fiscale, de o formă adecvată și pentru a garanta efectivitatea deplină a drepturilor recunoscute în Pact și că, în circumstanțe determinate, statele pot adopta și măsuri regresive. Cu toate acestea, în astfel de cazuri, este de datoria statului să dovedească că decizia are la bază o evaluare cât mai exhaustivă posibil, că este justificată, raportat la toate drepturile prevăzute în Pact și privită în contextul folosirii la maxim a resurselor disponibile. Așa cum Comitetul a stabilit și în anul 2012, în perioade de gravă criză economică și financiară, toate schimbările sau ajustările propuse în materie politică trebuie să fie, printre altele, provizorii, necesare, proporționale și aplicate în mod nediscriminatoriu. Or, în cazul de față, **Statul-parte nu a explicat, de o**

manieră convingătoare, de ce este indispensabilă adoptarea măsurii regresive descrise anterior, măsură care a avut ca rezultat diminuarea ofertei de locuințe sociale, exact în momentul în care necesitatea era mai mare datorită crizei economice.

a.3. În final, ultima cauză pe care o propunem spre analiză este **Cauza Lopez Rodriguez c. Spaniei** (4 martie 2016)³³. În aceasta CDESC a decis că **reducerea de către statul spaniol a indemnizației non-contributive pentru dizabilitate, încasată cash de către reclamant, nu se constituie într-o violare a drepturilor sale prevăzute de articolele 2 (2) și 9 din PIDESC.**

Pe fondul cauzei, după luarea în considerare a aspectelor de fapt și a solicitărilor părților, Comitetul a apreciat că această comunicare ridică **două întrebări** separate dar, în același timp, interdependente, și anume: **dacă reducerea indemnizației non-contributive pentru dizabilitate a autorului, cu echivalentul cuantumului întreținerii sale în penitenciar, constituie, în sine, o violare directă a dreptului la securitate socială**, așa cum acesta este prevăzut în articolul 9 din *PIDESC* și **dacă această reducere constituie un tratament discriminatoriu** și o violare a articolului 2, în coroborare cu articolul 9, din *PIDESC*?

Pentru a putea analiza și, apoi, a putea răspunde la cele două întrebări, Comitetul a apreciat că este necesară efectuarea unei adevărate radiografii a dreptului la securitate socială, în special a acelor aspecte care sunt legate de beneficiile non-contributive, de persoanele cu dizabilități și de persoanele private de libertate.

Astfel, Comitetul a arătat că *dreptul la securitate socială este de importanță centrală* în garantarea demnității umane a tuturor persoanelor care se pot găsi în situația de a nu-și putea realiza aceste drepturi. Este un drept care joacă un rol crucial în prevenirea excluziunii sociale și în promovarea incluziunii sociale. Dreptul la securitate socială include dreptul de acces și de menținere a beneficiilor cu natură socială, cash sau în natură, fără nicio discriminare³⁴. Aceste beneficii trebuie să fie adecvate în cuantum și durată, să respecte, pe deplin, principiul demnității umane, așa cum acesta este prevăzut în Preambulul Pactului, precum și principiul non-discriminării.

Deși realizarea dreptului la securitate socială presupune implicații financiare semnificative pentru Statele părți, acestea din urmă au obligația de a asigura satisfacerea unui nivel minim al drepturilor prevăzute în Pact³⁵.

În cazul *persoanelor cu dizabilități*, schemele de securitate socială și menținerea lor au o importanță aparte³⁶ și ar trebui să poată asigura acestor persoane un standard adecvat

³³ CDESC, *Cauza López Rodrigues c. Spaniei*. Pentru aspectele de fapt ale acestei comunicări, opinia adoptată și adnotările ei a se vedea și L.-M. Crăciunean, *Comitetul pentru drepturile economice, sociale și culturale al ONU: opinie de respingere a unei comunicări individuale. Reducerea de către instanță a indemnizației non-contributive pentru dizabilitate pentru a asigura întreținerea autorului, aflat în executarea unei pedepse privative de libertate nu constituie discriminare în exercitarea dreptului la securitate socială (articolele 2 și 9 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale)*, în *AULB* nr. 2/2016, p. 183-194.

³⁴ *Comentariul general nr. 19/2008 privind dreptul la securitate socială* (art. 9 din Pact), para. 1-3.

³⁵ *Ibidem*, para. 41. A se vedea și declarația CDESC cu privire la *Evaluarea obligației de a face pași către "maximul de resurse disponibile" în temeiul Protocolului opțional*, E/C.12/2007/1, 21 septembrie 2007, para. 4.

³⁶ *Comentariul general nr. 5/1994 privind persoanele cu dizabilități*, para. 28.

de viață, să trăiască independent și să poată face parte din comunitate de o manieră demnă³⁷. Ajutorul acordat trebuie să acopere și membrii familiei sau orice alte persoane care au grijă de o persoană cu dizabilități³⁸.

Pactul interzice orice discriminare, de fapt sau de drept, directă sau indirectă, care are ca intenție sau efect anularea sau atingerea adusă exercițiului dreptului de a se bucura de securitate socială³⁹.

Persoanele private de libertate au dreptul de a se bucura, fără discriminare, de drepturile lor economice, sociale și culturale prevăzute în Pact, cu excepția acelor limitări care sunt inerente privării de libertate⁴⁰ iar statele trebuie să manifeste o grijă sporită față de acele grupuri care, în mod tradițional, sunt expuse la dificultăți în exercitarea acestor drepturi, cum ar fi prizonierii sau deținuții⁴¹.

În aceste condiții, dreptul la securitate socială presupune și dreptul de a nu suferi restricții nerezonabile și, ca atare, retragerea, reducerea sau suspendarea beneficiilor sociale trebuie circumscrise și bazate pe motive rezonabile, care să fie prevăzute de legea națională⁴².

Astfel, în lumina celor de mai sus, un beneficiu non-contributiv, nu poate, în principiu să fie retras, redus sau suspendat ca urmare a privării de libertate a beneficiarului, numai dacă respectiva măsură este prevăzută de lege, este rezonabilă și proporțională și garantează un nivel minim al acestor beneficii. Caracterele rezonabil și proporțional trebuie apreciate de la caz la caz, cu luarea în considerare a situației personale a beneficiarului.

În consecință, **în cazul persoanelor private de libertate, reducerea cuantumului beneficiilor non-contributive poate fi compatibilă cu Pactul dacă este prevăzută de lege și dacă același nivel de îngrijire este menținut prin serviciile acordate persoanelor care sunt private de libertate.**

În cazul de față, sarcina Comitetului a fost aceea de a verifica dacă faptele invocate în comunicare pun în lumină o violare a vreunuia dintre drepturile prevăzute în Pact, față de autor, și a procedat la analizarea celor două întrebări formulate în partea introductivă.

Dacă reducerea indemnizației non-contributive de dizabilitate a autorului, cu echivalentul cuantumului întreținerii sale în penitenciar, constituie, în sine, o violare directă a dreptului la securitate socială, așa cum acesta este prevăzut în articolul 9 din PIDESC?

Analizând susținerile părților, CDESC a apreciat că reducerea este o măsură compatibilă cu dispozițiile Pactului, că este destinată unui scop compatibil cu acesta, respectiv protejarea resurselor publice care sunt necesare realizării drepturilor individuale.

Mai mult, în cazul particular al beneficiilor non-contributive, care se alimentează ex-

³⁷ Ibidem, para. 16. A se vedea și *Convenția pentru protecția drepturilor persoanelor cu dizabilități*, care a intrat în vigoare, față de Statul-parte, la 3 mai 2008, în special art. 28.

³⁸ *Comentariul general nr. 5/1994 privind persoanele cu dizabilități*, para. 28, și *Comentariul general nr. 19 privind dreptul la securitate socială (art. 9 din Pact)*, para. 20.

³⁹ *Comentariul general nr. 19 privind dreptul la securitate socială (art. 9 din Pact)*, para. 29.

⁴⁰ A se vedea și Principiul 5 din *Principiile de bază pentru tratamentul aplicat prizonierilor*, A.G. Rezoluția 45/111 din 14 decembrie 1990.

⁴¹ *Comentariul general nr. 19 privind dreptul la securitate socială (art. 9 din Pact)*, para. 31.

⁴² Ibidem, para. 24.

clusiv din fondurile publice, și care nu sunt dependente de contribuțiile anterioare ale beneficiarului, Statele părți au o anumită marjă de discreție în a stabili modul cel mai potrivit de utilizare a veniturilor din diferite taxe, în scopul de a asigura deplina realizare a drepturilor prevăzute în Pact și de a se asigura, printre altele, că sistemul de securitate socială prevede un nivel minim, esențial, de beneficii pentru indivizi și membrii familiilor acestora.

Pentru aceste considerente, Comitetul a apreciat ca rezonabil, în scopul unei alocări eficiente a banilor publici, ca **statul poate să reducă beneficiile non-contributive dacă constată existența unei schimbări a nevoilor beneficiarului, nevoi ce au constituit baza pe care s-au stabilit aceste beneficii.** În cazul concret, nevoile autorului au suferit modificări datorită faptului că se află în executarea unei pedepse privative de libertate, pe durata căreia Statul-partea suportă cheltuielile sale de întreținere.

Mai mult, măsura adoptată de stat nu a vizat întregul quantum al indemnizației ci doar o parte din aceasta, respectiv acea parte care viza întreținerea sa pe durata executării pedepsei privative de libertate. Cu alte cuvinte, statul a înlocuit o prestație în bani cu o prestație în natură, dar ambele au aceeași finalitate, asigurarea întreținerii autorului.

Constatățile de mai sus nu dau dreptul statului ca, în mod discreționar, să facă o astfel de înlocuire. Mai mult chiar, în unele situații, însuși înlocuirea sau quantumul reducerii poate constitui o violare a dreptului la securitate socială dacă o astfel de măsură are un efect disproporționat față de persoana respectivă.

CDESC a apreciat, însă, că în cazul concret, reducerea nu a avut un astfel de efect.

Dar, în același timp, credem că se poate ridica întrebarea dacă **este diferită, în vreun fel, situația indemnizațiilor non-contributive, în general, de situația indemnizațiilor non-contributive pentru dizabilitate?**

În ceea ce ne privește apreciem că răspunsul nu poate fi decât unul pozitiv. Astfel, dacă ar fi să urmărim poziția Biroul Procurorului General al Curții Supreme spaniole indemnizațiile non-contributive pentru dizabilitate sunt beneficii personale acordate beneficiarilor, ca atare, și ar trebui tratate ca orice alte beneficii cu natură socială iar plata quantumul întreținerii unui deținut este o obligație asumată de autoritățile închisorii, ca o consecință firească a privării sale de libertate. Astfel, **quantumul indemnizației pentru dizabilitate nu ar putea fi afectat de schimbarea situației persoanei, atâta timp cât dizabilitatea pentru care i-a fost acordată respectiva indemnizație este aceeași.**

Credem că răspunsul acesta transpare de o manieră evidentă și din motivarea Comitetului care, deși a respins comunicarea autorului, a arătat că soluția adoptată se datorează faptului că; „în cazul de față autorul nu a demonstrat că înlocuirea indemnizației plătite cash cu o prestație în natură a produs efecte negative serioase asupra sa, nu a dovedit caracterul disproporționat al măsurii în cauză și nici faptul că reducerea a afectat nevoile familiei sale, nevoi pe care respectiva indemnizație le acoperea sau că **măsura luată îl afectează personal tocmai datorită dizabilității de care suferă**”. Astfel, doar față de aceste împrejurări, concrete, ale cazului, soluția Comitetului a fost una de respingere a comunicării autorului.

Comitetul a continuat să analizeze cazul sub aspectul posibilei existențe a unui caracter

discriminatoriu, respectiv **dacă această reducere constituie un tratament discriminatoriu** și o violare a articolului 2, în coroborare cu articolul 9, din *PIDESC*.

Pentru a răspunde la această întrebare, CDESC a plecat de la un principiu general și anume acela că nu orice tratament diferențiat constituie discriminare dacă criteriile aplicate sunt rezonabile și obiective iar finalitatea este un scop legitim, în conformitate cu prevederile Pactului⁴³.

Astfel, în opinia Comitetului, autorul nu a reușit să probeze că, datorită hotărârilor instanțelor naționale, a existat un tratament diferențiat al diferitelor comunități autonome invocate de autor.

În privința susținerilor autorului cum că ar exista o diferență de tratament între persoanele private de libertate care primesc indemnizații non-contributive și cele care nu primesc astfel de indemnizații (cele din urmă fiind, practic, întreținute în închisoare fără niciun fel de contribuție din partea lor), Comitetul a apreciat că o indemnizație non-contributivă nu constituie venitul său, rezultat din prestarea unei munci sau rezultat dintr-o schemă contributivă, ci este o sumă de bani alocată de stat pentru a acoperi lipsa sau insuficiența unor venituri minime necesare unei vieți demne și, ca atare, nu există o încălcare a art. 2 și 9 din Pact.

Comitetul a considerat ca neîntemeiate și susținerile autorului cum că i-ar fi fost aplicat un tratament diferențiat în raport cu persoanele care nu sunt private de libertate și care utilizează fonduri publice fiind hrănite și adăpostite, fără plată, în spitale, adăposturi sau centre de reabilitate, fără niciun fel de reducere a beneficiilor lor non-contributive. Situația acestor persoane, a arătat Comitetul este diferită de aceea a persoanelor care se află în executarea unei pedepse privative de libertate. Astfel, cele dintâi stau în respectivele centre în mod voluntar, de obicei pentru o perioadă scurtă de timp iar serviciile de masă și întreținere nu pot fi dissociate de cele pentru acordarea cărora respectiva persoană se găsește în centru respectiv.

Având în vedere aceste diferențe, Statul-parte nu are obligația de a le acorda un tratament identic și, pe cale de consecință, nu se poate reține, față de autor, existența unui tratament discriminatoriu care să constituie o violare a articolelor 2 și 9 din *PIDESC*.

Deși importanța practică a opiniilor de respingere nu este aceeași ca a celor de admitere, și fără a critica opinia finală, am apreciat ca extrem de interesantă opinia sub aspectul argumentării legate de compatibilitatea, generală și specială, a unei astfel de reduceri cu dispozițiile Pactului, în condițiile în care este vizată nu orice fel de indemnizație non-contributivă acordată unei persoane ci o indemnizație non-contributivă de dizabilitate precum și – o discuție pe care însă CDESC nu a făcut-o – cu privire la plasarea speței în contextul crizei economice care a început în anul 2008. Mai precis, în ultimul caz, dacă o astfel de reducere ar putea fi o opțiune legitimă a statului „față de necesitatea de a-și proteja interesele sale economice, ca furnizor general de securitate socială”, în contextul crizei economice⁴⁴.

⁴³ *Comentariul general nr. 20/2009 privind nediscriminarea în exercitarea drepturilor economice, sociale și culturale* (art. 2, para. 2 din Pact), para. 13.

⁴⁴ A se vedea și L.-M. Crăciunean, *L'évolution de la protection des droits par la Cour européenne des droits*

b. Sub aspect procedural, chiar și atunci când Comitetul a pronunțat soluții de respingere a plângerilor a încercat să valorifice prilejul pentru a-și întări jurisprudența anterioară, a clarifica cauzele de inadmisibilitate sau a formula direcții noi de acțiune. Ne vom opri, în cele ce urmează, la două dintre aspectele procedurale care au reținut atenția Comitetului și au fost clarificate de acesta, și anume: îndeplinirea condiției *ratione temporis* în cazul faptelor continue și condiția ca prejudiciul suferit de autori să fie un prejudiciu semnificativ.

b.1. Admisibilitatea *ratione temporis*. Potrivit articolului 3 para. 2 lit. b din Protocolul Opțional: „Comitetul va declara inadmisibilă o comunicare/plângere atunci când faptele care fac obiectul acesteia s-au produs înainte de intrarea în vigoare a Protocolului față de Statul-parte, cu excepția situației în care aceste fapte s-au continuat și după această dată”.

Textul citat nu a pus probleme de interpretare deosebite dar Comitetul a clarificat, totuși, în jurisprudența sa, excepția de la regulă, respectiv situația faptelor continue și statutul deciziilor instanțelor naționale.

Caracterul continuu al faptelor. În opinia Comitetului un act nu are efect continuu prin simplul fapt că efectele sau consecințele sale se extind în timp. Trebuie ca actul, în sine, să continue; prelungirea efectelor poate fi relevantă, de pildă, atunci când se determină cuantumul compensației (...) dar asta nu înseamnă că încălcarea propriu-zisă este una continuă. CDESC a adoptat, așadar, poziția Comisiei de Drept Internațional⁴⁵: „un act nu are un caracter continuu prin simplul fapt că efectele sau consecințele sale se extind în timp. Trebuie ca însuși actul ilicit să se continue. În multe cazuri consecințele unui act internațional ilicit se pot prelungi în timp. Durerea și suferința provocate de fapte anterioare de tortură sau efectele economice ale exproprierii se continuă chiar dacă actele de tortură au încetat sau titlul de asupra proprietății s-a clarificat. Aceste consecințe sunt subiect al unor eventuale obligații de reparare, inclusiv restituire (...). Prelungirea unor asemenea efecte poate fi relevantă, de exemplu, atunci când se determină cuantumul compensației ce urmează să fie plătită. Dar asta nu înseamnă că încălcarea în sine este una continuă”.

Așadar, în *Cauza Merrino Sierra c. Spaniei*⁴⁶, cauză în care autorul plângerii a susținut că faptele materiale care au dat naștere violării au avut efecte continue, care s-au extins după data intrării în vigoare a Protocolului, urmând linia de mai sus, Comitetul a apreciat că un fapt nu are un caracter continuu prin simplul fapt că efectele sau consecințele sale s-au extins în timp și că toate evenimentele care au dat naștere încălcării precum și toate deciziile instanțelor naționale au fost adoptate anterior intrării în vigoare a *PO-PIDESC* și, pe cale de consecință, comunicarea autorului este inadmisibilă *ratione temporis*.

Deși terminologia folosită de Comitet nu a fost întotdeauna unitară (uneori acesta

de l'homme depuis la crise de 2008 în E.S. Tănăsescu, E. Oliva, *Droits fondamentaux, équilibre budgétaire et protection juridictionnelle*, Institut Universitaire de Varenne, 2016, p. 151-169.

⁴⁵ *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol. II, part II, *Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts*, p. 60, para. 6 of the commentary on article 14 (Extension in time of the breach of an international obligation).

⁴⁶ CDESC, *Cauza Merrino Sierra c. Spaniei*, 29 septembrie 2016, E/C.12/59/D/4/2014, para. 6.7.

referindu-se la evenimente, alteleori la fapte sau la acțiuni care au dat naștere violărilor, uneori la decizii juridice relevante ale autorităților naționale, alteleori la decizii în materie a autorităților statului sau, chiar explicit, la decizii ale unei instanțe anume sau la decizii prin care instanțele naționale au judecat potrivit dreptului substanțial) acest fapt nu a avut consecințe pentru fondul aprecierilor.

O altă statuare importantă a CDESC a fost aceea cu privire la faptul că **deciziile instanțelor naționale sunt fapte** pentru Comitet⁴⁷.

b.2. Prejudiciul suferit de autori să fie unul semnificativ. Potrivit articolul 4 din *PO-PIDESC* Comitetul poate să refuze soluționare unei comunicări individuale atunci când se dovedește că autorul nu a suferit un dezavantaj clar, cu excepția situației în care comunicarea ridică o problemă serioasă de importanță generală.

În *Cauza Ben Djazia c. Spaniei*, Comitetul a clarificat natura juridică a cerinței cuprinse în art. 4 al *PO-PIDESC* și, invocând prevederile art. 14 (5) din *Regulamentul provizoriu*⁴⁸, a stabilit că o interpretare sistematică și literală îi permite să concluzioneze de maniera că **acest text nu stabilește o cerință de admisibilitate** pe care ar trebui să o îndeplinească o comunicare individuală în temeiul Protocolului opțional **ci este vorba despre o putere discreționară a Comitetului**. În concret, acesta, ca și alte comitete din materia drepturilor omului, va aprecia de la caz la caz și va lua în calcul următoarele aspecte: natura drepturilor prezumat încălcate, gravitatea violărilor și/sau eventualele consecințe ale violării asupra situației personale ale presupusei victime; **Comitetul a apreciat că el poate să soluționeze o comunicare individuală, chiar dacă prejudiciul nu este semnificativ, dacă aceasta ridică o problemă gravă, de importanță generală.**

III. Concluzii

Jurisprudența recentă a CDESC indică, printre altele, că indivizibilitatea drepturilor omului pare să fie în plin proces de a deveni o realitate, toate drepturile omului urmând a fi supuse regulii statului de drept și cu privire la toate individul putând să invoce, în caz de violare, accesul la remedii efective.

Asigurarea justițiabilității efective a tuturor drepturilor economice, sociale și culturale ar necesita mai multe ratificări ale *PO-PIDESC* dar și o atitudine mai curajoasă din partea instanțelor naționale în așa fel încât jurisprudența Comitetului să fie una cu un impact consistent; este așteptată însă contribuția Comitetului nu numai în ceea ce privește sfera de aplicare a drepturilor ci și în privința condițiilor în care atingerile aduse drepturilor constituie încălcări ale Pactului.

Principalul impediment, în prezent, este existența unei oarecare rezistențe din partea statelor deoarece verificarea modului în care ele implementează aceste drepturi presu-

⁴⁷ CDESC, *Cauza Merrino Sierra c. Spaniei*, para. și CDESC, *Cauza L.A.M.C. c. Spaniei*, 9 octombrie 2014.

⁴⁸ A se vedea *Report of the open-ended Working Group on an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its 5th session* (A/HRC/8/7) para. 155, 157.

pune, din partea Comitetului, analize amănunțite ale politicilor pe care acestea le au în domenii precum cel fiscal, locuințe, sănătate, educație sau cultură; or, o astfel de abordare nu este un avantaj, statele fiind puțin dispuse să lase în sarcina unui organ internațional, fie el și cvasi-jurisdicțional, analizarea acestor domenii.

Cyberterrorismul și utilizarea teroristă a internetului

Cyberterrorism and the terrorist use of the Internet*

Dr. Kitti MEZEI*

*Junior Research Fellow at Hungarian Academy of Sciences,
Centre For Social Sciences, Institute for Legal Studies
PhD Candidate at University of Pécs,
Faculty of Law,
Criminal Law Department*

Abstract

The idea that terrorists could cause massive loss of life, worldwide economic chaos and devastating environmental damage by hacking into critical infrastructure systems has captured the public imagination. Air traffic control systems, nuclear power stations, hospitals and stock markets are all vulnerable targets for cyber-terrorists wanting to wreak havoc and destruction. Counter-terrorism investigation in Europe have shown that the use of the Internet is an integral component in any terrorist plot. Terrorist groups are resorting to encryption and anonymising tools in order to keep their identities hidden while they communicate, plan attacks, purchase illegal materials and perform financial transactions.

The possibility of an act of cyberterrorism against critical national infrastructure requires serious attention from legislators. There is no concrete legal definition of cyberterrorism internationally. A wide range of possible cyberattack scenarios exists - including acts of hacktivism against websites - and it is not clear which of these scenarios would fall within definitions of terrorism under domestic law. While terrorists continue to use the Internet mostly for communication, propaganda and information sharing purposes, their capabilities to launch cyberattacks remain limited.

Keywords: *cyberterrorism; hacktivism; cyberwarfare; terrorist propaganda: financing terrorism*

Rezumat

* Supported by the ÚNKP-17-3-I New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities.
* mezei.kitti@tk.mta.hu

Ideea că teroriștii ar putea cauza pierderi masive de vieți omenești, haos economic global și daune ecologice devastatoare prin hacking în sistemele critice de infrastructură a captat imaginația publică. Sistemele de control al traficului aerian, centralele nucleare, spitalele și piețele bursiere sunt ținte vulnerabile pentru teroriștii cibernetici care doresc să provoace dezastre și distrugerii. Investigațiile privind combaterea terorismului în Europa au arătat că utilizarea Internetului constituie o componentă integrată în orice complot terorist. Grupurile teroriste recurg la instrumente de criptare și anonimizare pentru a-și păstra identitatea ascunsă în timp ce comunică, planifică atacuri, achiziționează materiale ilegale și efectuează tranzacții financiare.

Posibilitatea comiterii unui act de cyberterorism împotriva infrastructurii naționale critice necesită o atenție deosebită din partea legiuitorilor. Nu există o definiție juridică concretă a ciber-terorismului la nivel internațional. Există o gamă largă de scenarii posibile de ciber-atac - inclusiv acte de hacktivism împotriva site-urilor web - și nu este clar care dintre aceste scenarii ar intra sub incidența definițiilor terorismului conform dreptului intern. În timp ce teroriștii continuă să utilizeze Internetul în principal în vederea comunicării, propagandei și schimbului de informații, capacitățile lor de a lansa atacuri cibernetice rămân limitate.

Cuvinte-cheie: ciber-terorism, accesare nepermisă, război cibernetic, propagandă teroristă, finanțarea terorismului

1. Political cybercrimes

Following the 9/11 terror attacks in 2001, media coverage of terrorism has escalated significantly along with the ensuing 'war on terror'. In a world that is increasingly globalised and dependent on information systems, terrorist groups can also both target critical infrastructures, communication services and promote their cause.

Political cybercrimes refer to cyberattacks committed by individuals, groups and countries in furtherance of some political goal or agenda. The perpetrators engage in hacking, malware distribution, distributed denial of service attacks (so-called DDoS attacks¹), among other cybercrimes. Their targets and *modus operandi*, motives and intent must be examined to determine the type of the cyber threat, although they may be similar in nature, so it is difficult to distinguish the following terms from each other: hacktivism, cyberwarfare and cyberterrorism.²

1.1. Hacktivism

¹ A distributed denial-of-service (DDoS) is a type of computer attack that uses a number of hosts to overwhelm a server, causing a website to experience a complete system crash.

<https://www.techopedia.com/definition/10261/distributed-denial-of-service-ddos> Accessed 19 March, 2018.

² Marie-Helen Maras, *Cybercriminology*, Oxford University Press. New York, (2017) 378.

Defining hacktivism³ is difficult. The word itself is a combination of “hacking” and “activism”. Hacktivism is believed as a social or political activist plan that is carried out by breaking into information systems and wreaking havoc on a secured system. A hacktivist, is one type of cybervigilante, uses cyberspace to gain access or excess access to information systems in furtherance of a political goal. For the hacktivists, it is an Internet-enabled strategy to exercise civil disobedience and their aim to achieve a social or political change without causing serious harms. It is regarded as a virtual protest and may involve the following actions: website defacement, information theft, website parodies, DDoS attacks, virtual sit-ins and virtual sabotage like email bombs. The most well-known and active hacktivist group is Anonymous, who has launched several attacks in defence of freedom of speech or information (e.g. in case of WikiLeaks). They have claimed responsibility for several attacks against corporate, financial, religious and government websites.⁴ To sum it up, hacktivism is a political protest using virtual methods and the perpetrators does not seek to cause great financial harm or injure people, therefore it should not be qualified as an act of cyberterrorism.

1.2. Cyberwarfare

One of the most significant developments regarding cybercrime has been the involvement of states as perpetrators. Such activities have different functions like cyberespionage and surveillance, and other various forms of damage to the adversary’s critical infrastructures.

Cyberwarfare refers to a massively coordinated cyber-assaults on a government by another. It is the action by a nation-state or state-sponsored individuals or entity to attack another state's information systems – especially critical infrastructures - for the purposes of causing damage or disruption. Such attacks are especially dangerous since they may jeopardize the whole country’s undisturbed operation and cause serious social and economic harms. For example launching DDoS attacks might be strategic and tactical, because they contribute to the chaos with their multiplier effect, which has been created by the physical attacks of the real world. Brenner defines it as „...the use of military operations by virtual means...to achieve essentially the same ends they pursue through the use of conventional military force: achieving advantages over a competing nation-state or preventing a competing nation-state from achieving advantages over them.”⁵

In 2007 and 2008, DDoS attacks took place against Estonia and Georgia when they had tensions with Russia. In the first case, Estonian authorities moved a memorial Soviet statute, which triggered Russia’s opposition. The first coordinated DDoS attacks targeted Estonian websites and were used to overwhelm Estonian servers. Among the targets were

³ Béla Simon, *Hacktivism and Its Status in Hungary*. *Magyar Rendészet* 2016/2. p. 161.

⁴ Allisdair A. Gillespie, *Cybercrime – Key issues and debates*, Routledge Taylor & Francis Group (2016) 99-100.

⁵ Susan W. Brenner, *Cyber threats: The emerging fault lines of the nation state*, Oxford: Oxford University Press (2009) 65.

government sites, including Parliament's webpage, websites of political parties, the country's largest banks, and the country's most prominent news and telecommunications outlets and most of the services were not available for hours. The second case happened during the Russia-Georgia conflict in 2008. Georgia had a military intervention in South Ossetia and followed by the Russian military forces, while parallel DDoS attacks took down Georgia's networks, cutting off government communications and defacing government websites. They attacked also Georgian banks, transportation companies, and private telecommunications providers. Russia has denied involvement in the cyberattacks. The cyberwarfare may be used as complementary to the conventional military operations.⁶

After the first waves of cyber operations by states, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence called an international group of legal scholars and practitioners to draft a manual on how international law – particularly the jus ad bellum and international humanitarian law - applies to cyber conflicts and cyberwarfare. However, the result of the discussion, the so-called Tallinn Manual is only an academic, and non-binding document.⁷

It is not unusual that countries have cyber military commands like the Pentagon established the US Cyber Command (USCYBERCOM) in 2009 in order to manage the defence of US cyberspace and protect critical infrastructures against cyberattacks.⁸ China also has a cyber military unit called PLA Unit 61398 that has been alleged to be a source of several Chinese cyberattacks.⁹

The third case occurred in 2010, when the Stuxnet worm was the first malware which led to real physical damage in the Iranian Natanz uranium enrichment facility by controlling the computer system and made run the centrifuges beyond their capacity level. It is believed that the United States and Israel was behind the planned attack and their governments created the highly malicious code in order to slow down Iran nuclear programme for years. However, it has never been proved and none of them admitted that they are responsible for the attack. Other similar malware with unique effect were available like Duqu, Gauss and Flame. Stuxnet is a good example for the potential of cyberwarfare since it caused a significant damage in a country's critical infrastructure and as a result managed to stop its nuclear plan.¹⁰ After Stuxnet, according to the United States' government Iran launched DDoS attacks against the American bank system as a

⁶ Thomas J. Holt, Adam M. Bossler and Kathryn C. Seigfried-Spellar, *Cybercrime and digital forensics: An introduction*, Routledge, (2018) pp. 411-415.

⁷ See more in detail Schmitt Michael N. and Vihul Liis (eds.), *Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*, Cambridge University Press (2017), 638. p.

⁸ Gábor Berki, *Kiberháborúk, kiberkonfliktusok, [Cyberwarfares, cyberconflicts]* In: Dornfeld–Keleti–Barsy–Kilin–Berki–Pintér: *Műhelytanulmányok – A virtuális tér geopolitikája. Geopolitikai Tanács Közhasznú Alapítvány*, Budapest (2016) p. 274.

⁹ László Dornfeld and Ferenc Sántha, *A terrorizmus és a terrorcselekmény, mint nemzetközi bűncselekmény aktuális kérdései, [Terrorism and act of terrorism as an international crime's actual questions]* *Jog, Állam, Politika* 2017/3. pp. 73–75.

¹⁰ Zoltán Nagy, *A kiberháború új dimenziói – a veszélyeztetett állambiztonság (Stuxnet, DuQu, Flame – a Police malware)*, [New dimensions of cyberwarfare – endangered security of state (Stuxnet, DuQu, Flame and Police malware)] Pécsi Határőr Tudományos Közlemények XIII., Pécs (2012) pp. 225–226.

retribution for the previous attacks and economic sanctions.¹¹

1.3. Cyberterrorism

Since the events of 9/11 there has been an increasing attention paid to cyberterrorism, but it is not clear whether cyberterrorism¹² is either a real or credible threat. The term is a conjunction of “cyberspace” and “terrorism”. The term is ill-defined, it may have originated in the 1980s when Barry Collins a senior research fellow described as “the convergence of cyberspace and terrorism”. The term unites two significant modern fears: fear of technology and fear of terrorism.¹³ It is also important to note that there is no one consensual definition for terrorism. At international level, there are two ways either to define what does not describe as terrorism or the opposite like what are the characteristics of the terrorist acts.¹⁴

Denning suggests that cyberterrorism has been mainly theoretical to date; it is something to watch and take reasonable precautions against. Furnell and Warren emphasise that, “from the perspective of someone wishing to cause damage, there is now the capability to undermine and disable a society without a single shot being fired or missile being launched.” This, they add, “enables simultaneous attacks at multiple nodes worldwide without requiring a large terrorist infrastructure necessary to mount equivalent attacks using traditional methods.”¹⁵ Some authors consider cyberterrorism as a form of cybercrime.¹⁶

Undoubtedly, cyberspace as a new environment may be attractive for terrorist groups since Internet has a global nature, which allows them to commit crimes without physical presence. Anonymity is also an important aspect, because it makes the perpetrators untraceable, besides it also has relatively low operating costs and cyberattacks may be easier to carry out particularly if they have the right technical knowledge and tools.¹⁷ Some studies suggest that, rather than trying to develop their own capability and tools, some terrorist groups now turn to online criminal markets, using the crime-as-a-service industry on Darknet forums and illicit markets to buy access to the capabilities that they

¹¹ Joseph Menn, <https://www.reuters.com/article/us-cyber-summit-banks/cyber-attacks-against-banks-more-severe-than-most-realize-idUSBRE94G0ZP20130518> Accessed 12 April, 2018.

¹² In the Hungarian literature, Korinek László also mentions cyberterrorism as a new threat - thank to the advanced technology - in his following publication: *A technika fejlődése és a bűnözés [Technological development and crime]* In: Borbíró Andrea - Inzelt Éva - Kerezi Klára - Lévay Miklós - Podoletz Léna (szerk.): *A büntető hatalom korlátainak megtartása: A büntetés mint végső eszköz* - Tanulmányok Gönczöl Katalin tiszteletére. ELTE Eötvös Kiadó. Budapest (2014) p. 290.; Csaba Fenyvesi emphasises the relevance of second generational evidence - such as image, video and audio records and digital evidence - in regard to terrorist acts. See Csaba Fenyvesi, *Az új generációs bizonyítékok a kriminalisztika történeti mérföldköveinek tükrében, [The new generational evidence in the historical milestones of criminalistics]* Magyar Jog 2014/7-8. pp. 438-439.

¹³ Gillespie, *Cybercrime – Key issues and debates*, pp. 107-108.

¹⁴ László Kóhalmi, *Terrorism and Human Rights, Journal of Eastern-European Criminal Law* 1/2016. p. 161.

¹⁵ S. M. Furnell and M. J. Warren, *Computer Hacking and Cyber Terrorism: The Real Threats in the New Millennium? Computers and Security* 18 (1999) p. 28.

¹⁶ Fawzia Cassim, *Addressing The Spectre of Cyber Terrorism: A Comparative Perspective. Potchefstroom Electronic Law Journal* (2012) p. 381.

¹⁷ Europol, *Internet Organised Crime Threat Assessment*, (2017) p. 49.

themselves are lacking.¹⁸

On the Internet, there are a wider selection of available targets and they may have the ability to conduct attacks remotely and the potential for multiple casualties.¹⁹ The Internet connects countries regardless of their physical borders or political relations. The international nature of the Internet is actively being taken advantage by criminals, for example, it has to be seen in close context with the anonymity and independency of place. Especially in the area of controversial contents, it can be observed that perpetrators seek countries with more liberal free-speech laws to host their contents and concern their attacks that are routed through different computers to hide the traces.²⁰

According to Clough cyberterrorism is divided into two category: in the broader sense, where modern technology is used to facilitate the activities of terrorists. Modern technologies may be used to facilitate each stage of terrorist attack, from recruitment and radicalisation, financing and planning through to execution. In the narrower sense, cyberterrorism simply ascribes a motivation for other forms of cybercrime like the use of information systems and other tools to harm or shut down critical infrastructures. Cybercrime and cyberterrorism are not coterminus. Cyberattacks must have a “terrorist” component in order to be labelled as cyberterrorism.²¹ Cybercriminals may have a wide a range of objectives (revenge, adventure, greed - monetary or otherwise) and motivation for personal gain, but cyberterrorists are typically motivated by ideological, extremist or political goals and their attacks are designed to instil mass fear in a population. The hacktivism and cyberwarfare differ from cyberterrorism in the objectives likewise. The stand out problem regardless of the motive is the difficulty in attributing the cyberattack to a specific individual, group or a state.

According to Denning’s definition “cyberterrorism refers to unlawful attacks and threats of attacks against computers, networks and the information stored therein that are carried out to intimidate or coerce a country’s government or citizens in furtherance of political or social (religious) objectives. Further, to qualify as cyberterrorism, an attack should result in violence against persons or property, or at least cause enough harm to generate fear. Attacks that lead to death or bodily injuries, explosions, or severe economic losses would set examples. Serious attacks against critical infrastructures could count as acts of cyberterrorism, depending on their impact. Attacks that disrupt nonessential services or that are mainly a costly nuisance would not.”²² Three aspects of Denning’s definition must be emphasized: the

¹⁸ Europol, *European Union Terrorism Situation and Trend Report*, (2018) p. 15.

¹⁹ Gabriel Weimann, *Cyberterrorism: How Real is the Threat? United States Institute of Peace Special Report* 119 (2004) p. 6.

²⁰ Paul J. Rabbat, *Terrorism and the Internet: New Threats Posed by Cyberterrorism and Terrorist Use of the Internet* In: Marianne Wade – Almir Maljevic (eds.): *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Right Implications*, Springer (2010) p. 55.

²¹ Jonathan Clough, *Principles of Cybercrime*, Second Edition. Cambridge University Press. New York (2015) pp. 12-15.

²² Dorothy Denning, *Activism, Hacktivism, and Cyber terrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy*, John Arquilla & David Ronfeldt (eds). *Networks and Netwar. The Future of terror, crime, and military*. Santa Monica: RAND (2000) p. 29.

political and social motivation, serious damage and fear.

On the one hand, attacks against critical infrastructures²³ like public healthcare, banking and finance, transportation systems, information technology and communication that result in serious damage could be considered to be cyberterrorism.²⁴ On the other hand, cyberattacks against financial institutions and stock exchanges resulting in millions of dollars of damage without the element of social and political motivation should not be labelled as an act of terrorism. For example, an Australian man penetrated the local waste management system and used radio transmissions to alter pump station operations. As a result of his action, million litres of sewage caused serious damage, but since he did not do it with the goal of coercing the country it was not considered as cyberterrorism. In relation to critical infrastructures, the Hungarian Criminal Code does not use the term critical infrastructure instead works of public concern includes public utilities, public transportation operations, electronic communication networks, logistics, financial and IT hubs and operations necessary for the performance of the tasks of universal postal service providers carried out in the public interest, plants producing war materials, military items, energy or basic materials destined for industrial use, but does not cover public healthcare institutions. The critical information infrastructures are important since they are the “information and communications technology systems that are critical infrastructures for themselves or that are essential for the operation of critical infrastructures (telecommunications, computers/software, Internet, satellites, etc.)” “The computer systems are called Supervisory Control and Data Acquisition Systems (SCADA) and they are vital to the management and processing of critical infrastructures.”²⁵ The rapid evolution and the interconnectivity of technologies are also cause for concern, largely because of the emergence of the Internet of Things (IoT)²⁶. The IoT have created a multitude of new attack vectors for cybercriminals and terrorists to exploit.

By combining the aspects of political and social motivation with serious damage and fear, Rollins and Wilson use two definitions of cyberterrorism: effects-based cyberterrorism happens when cyberattacks result in effects that are disruptive enough to generate fear comparable to a traditional act of terrorism, while intent-based cyberterrorism occurs when unlawful or politically motivated cyberattacks are done to intimidate or coerce a government or people to further a political objective, or to cause a serious harm or damage.²⁷

²³ According to the 2008/114/EC Directive on the identification and designation of European critical infrastructures: “critical infrastructure means an asset, system or part thereof located in Member States which is essential for the maintenance of vital societal functions, health, safety, security, economic or social well-being of people, and the disruption or destruction of which would have a significant impact in a Member State as a result of the failure to maintain those functions”.

²⁴ Peter Grabosky, *Cybercrime*, Oxford University Press, (2016) p. 48.

²⁵ Holt Bossler and Siegfried-Spellar, *Cybercrime and digital forensics: An introduction*, p. 402.

²⁶ The Internet of Things (IoT) is a computing concept that describes the idea of everyday physical objects being connected to the internet and being able to identify themselves to other devices.

<https://www.techopedia.com/definition/28247/internet-of-things-iot> Accessed 10 April, 2018.

²⁷ J. Rollins and C. Wilson, *Terrorist Capabilities for Cyberattack: Overview and Policy Issues*, CRS Report for Congress, (2007) p. 3.

Terrorists can use modern technology to intimidate and coerce a civilian population and thereby undermine a society's ability to sustain internal order. According to Brenner conceptually, its use for this purpose falls into three categories: weapon of mass destruction; weapon of mass distraction; and weapon of mass disruption. She explains that cyberterrorism involves the intention to demoralize the population either directly or indirectly.

As I mentioned before, information systems can be used to achieve physical damage as a weapon of mass destruction. For example, terrorists could trigger explosion at a power plant by overload or disable the computer systems. However, Brenner says they would consider such an attack as an act of nuclear terrorism and not cyberterrorism.

The aim of mass distraction is to undermine the civilian population's trust in government by demolishing their sense of security. The following scenario could happen after a traditional act of terrorism, they break into media's websites and share fake news or use social media for panic-raising. It serves psychological manipulation by terrorists.

The goal of using information systems as a weapon of mass disruption is to undermine the civilian population's faith in the stability and reliability of the critical infrastructure systems. It aims to inflict psychological damage and not systemic.²⁸

Most of countries have not created a definition for cyberterrorism instead they use the traditional term of act of terrorism including the cyber related actions. For example, in the United Kingdom, under Section 1 of the Terrorism Act 2000 defines terrorism which "means the use or threat of action where – (a) the action falls within Subsection (2); (b) the use or threat is designed to influence the government or an international, governmental organisation or to intimidate the public or a section of the public; and (c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious, racial or ideological cause." In Subsection 2 „action falls within this subsection if it – (a) involves serious violence against a person; (b) involves serious damage to property; (c) endangers a person's life, other than that of the person committing the action; (d) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public; or (e) is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system." In Subsection 3 it is stated that "action" includes action outside the United Kingdom and "the government" means the government of the United Kingdom, of a Part of the United Kingdom or of a country other than the United Kingdom. The UK definition of terrorism is appropriate for describing the scope of it with regard to cyberattacks and drafted broadly. It is possible to apply to the threat of a cyberattack and the actual cyberattack as well as. The term covers actions that are designed to merely influence a government, which means no higher standard of intention is required such as „coercing" or „intimidating". Besides countries' governments, it could be used in case of cyberattacks against international governmental organisations like United Nations or NATO. There is also no requirement for the assault to interfere with critical infrastructure seriously, since it is enough to interfere with anything that the courts consider to be an „electronic system". The definition also qualifies cyberattacks, as an act

²⁸ Susan W. Brenner, *Cybercrime, Cyberterrorism and Cyberwarfare, Relations internationales* 77(3). (2006) <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2331#> Accessed on March 21, 2018.

of terrorism, which are designed to influence oppressive foreign regimes.²⁹

The modern definitions of act of terrorism include attacks on electronic systems too. For instance, the UK legislation encompasses politically motivated acts that are designed to seriously interfere with or disrupt electronic systems and the definition of Australian federal provisions cover an action³⁰, which seriously interferes with, disrupts or destroys and electronic system, which includes, but is not limited to, an information system; or telecommunication system; or a financial system; or a system used for the delivery of essential government services; a system used for, or by, an essential public utility; or a system used for, or by, a transport system.³¹

Under Section 2331 of the statute of United States defines terrorism as “(i) committing acts constituting ‘crimes’ under the law of any country (ii) to intimidate or coerce a civilian population, to influence government policy by intimidation or coercion or to affect the conduct of government by mass destruction, assassination or kidnapping.”

Under Section 314 of the Act of C 2012 on the Hungarian Criminal Code criminalises “any person who commits a violent crime against the persons referred to in Subsection (4) or commits a criminal offense that endangers the public or involves the use of arms in order to: a) coerce a government agency, another State or an international body into doing, not doing or countenancing something; b) intimidate the general public; c) conspire to change or disrupt the constitutional, economic or social order of another State, or to disrupt the operation of an international organization; is guilty of a felony punishable by imprisonment between ten to twenty years or life imprisonment.” For the purposes of Section 314, violent crime against the person, or criminal offense that endangers the public or involves the use of arms shall include: breach of information system or data” (Subsections (1)-(4) of Section 423)³². Under Section 316, it is also considered to be a crime

²⁹ Thomas M. Chen, Lee Jarvis and Stuart Macdonald, *Cyberterrorism – Understanding, Assessment, and Response*, Springer, New York, (2014) pp. 6-7.

³⁰ Under Section 100.0 of the Australian Criminal Code „terrorist act means an action or threat of action where:

(a) the action falls within subsection (2) and does not fall within subsection (3); and

(b) the action is done or the threat is made with the intention of advancing a political, religious or ideological cause; and

(c) the action is done or the threat is made with the intention of:

(i) coercing, or influencing by intimidation, the government of the Commonwealth or a State, Territory or foreign country, or of part of a State, Territory or foreign country; or

(ii) intimidating the public or a section of the public.”

³¹ Clough, *Principles of cybercrime*, p. 15.

³² (1) Any person who gains unauthorized entry to an information system compromising or defrauding the integrity of the technical means designed to protect the information system, or overrides or infringes his user privileges is guilty of a misdemeanor punishable by imprisonment not exceeding two years.

(2) Any person who:

a) disrupts the use of the information system unlawfully or by way of breaching his user privileges; or

b) alters or deletes, or renders inaccessible without permission, or by way of breaching his user privileges, data in the information system;

is guilty of a felony punishable by imprisonment not exceeding three years.

(3) The penalty shall be imprisonment between one to five years for a felony if the acts defined in

if any person threatening to commit a terrorist act is guilty of a felony punishable by imprisonment between two to eight years. The Hungarian definition sets out requirements for an action to qualify as “an act of terrorism”. It determines particular violent crimes or public endangering ones to be committed with an intention requirement including “coercion” or “intimidation” or “conspiracy”. Owing to the amendment of the Hungarian Criminal Code, the acts of terrorism may cover the actual and threat of cyberterrorism scenarios, although it does not include any harm requirement and attacks against another State could fall under the legislation.

2. The use of the Internet by terrorists

Terrorism has become a so-called “super delictum”, which has more supporting series of offences.³³ There are identified numerous - and sometimes overlapping - categories of use of the Internet by terrorists, which are grouped into two kinds: communicative and instrumental. Communicative use includes propaganda, information dissemination, secure communications, psychological warfare and radicalisation, while instrumental use embraces online teaching and training of terrorists.³⁴ The most significant utilisation of Internet by terrorists are the following: propaganda and information dissemination, secure communications and financing terrorism.

2.1. Propaganda and information dissemination, secure communications

The promotion of violence and extremist encouraging violent acts are the part of the terrorism-related propaganda. They share photographs, videos, terrorist speeches. Such contents may be distributed using dedicated websites, targeted virtual chat rooms, forums and social networking platforms. Although, there is new a trend that terrorist propaganda is spread primarily through social media and user-generated content is on the rise.³⁵ Since encryption and anonymisation technologies freely available online, and different platforms, enable terrorists to spread propaganda, radicalisation while maintaining their anonymity. For example, encrypted social networks – like Telegram³⁶ - are used for networking, recruitments and dissemination of information among supporters. Islamic State (IS) praised its

Subsection (2) involve a substantial number of information systems.

(4) The penalty shall be imprisonment between two to eight years if the criminal offense is committed against works of public concern.

³³ Róbert Bartkó, *A terrorizmus elleni küzdelem kriminálpolitikai kérdései*, [The actual criminal political questions of the fight against terrorism] Universitas-Győr Nonprofit Kft., Győr (2011) p. 181.

³⁴ Gabriel Weimann, *Terrorism in cyberspace – The next generation*, Columbia University Press, New York, (2015) p. 33.

³⁵ United Nations Offices on Drugs and Crime, *The use of the Internet for terrorist purposes*, New York (2012) p. 5.

³⁶ Australian National University Cybercrime Observatory, *Cyber Terrorism Research Review*, (2017) p. 54.: The opportunities created for terrorists who use these services - aside from the benefits of protected communication - is similar to that of using VPNs and proxy servers: it is difficult to trace a location and gather intelligence. In fact, Telegram claims that through their distributed infrastructure “we can ensure that no single government or block of like-minded countries can intrude on people’s privacy and freedom of expression”

supporters on Telegram for being part of its propaganda apparatus. However, the IS and al-Qaeda supporters started to move to platforms that have a stronger impact, in particular Twitter and YouTube, to a lesser extent, Facebook. Terrorists infest social media with their toxic messages that is why important to bring social media companies together to make strategies – best practices in flagging terrorist content - to combat the abuse by terrorists.³⁷

The terrorist propaganda disseminated via the Internet may cover a range of objectives and audiences. Their shared content may be tailored, to potential or actual supporters or opponents of an organisation or shared extremist belief, to direct or indirect victims of acts of terrorism or to the international community. Propaganda may be shared with potential or actual supporters focused on recruitment, radicalisation and incitement to terrorism, through messages conveying pride, accomplishment and dedication to an extremist goal. It may also be used to demonstrate the successful execution of terrorist attacks to those who have provided financial support. Other objectives of terrorist propaganda may include the use of psychological manipulation to undermine an individual's belief in certain collective social values or generate fear or panic in a targeted population.³⁸

The problem with the use of Internet by terrorists is that particular acts conducted by them online are not considered to be crime in some countries. It makes prevention of these activities challenging. For example, encouraging terrorism is considered to be a crime in the United Kingdom, while in most of the countries it is not. The main legislation is the Terrorism Act 2000 and Terrorist Act 2006 in the UK. Under Section 1 of the Terrorism Act of 2006 prohibits to publish a statement with the intention to cause „members of the public to be directly or indirectly encouraged or otherwise induced by the statement to commit, prepare or instigate such acts or offences; or... is reckless to whether members of the public will be directly or indirectly encouraged or otherwise induced by the statement to commit, prepare or instigate such acts or offences.” While in the United States, encouragement of terrorism does not constitute a crime, although incitement to violence is a criminal offence, which includes „a speech that is intended to incite or is likely to incite imminent lawless, violent action”.

In the United Kingdom, the dissemination of terrorist publications is also a criminal offense. Under Section 2(2) of the Terrorism Act of 2006, the dissemination of terrorist publications includes the following: „distributing or circulating a terrorist publication;” „giving, selling or lending of such a publication;” „offering such a publication for sale or loan;” „providing a service to others that enables them to obtain, read, listen to or look at such publication electronically; or „possessing such a publication with the intention disseminating it”. Under Section 3, the encouragement of terrorism and dissemination of terrorist publications online, like Alaa Abdullah Esayed was prosecuted for encouraging terrorism and disseminating terrorist publications online through Twitter and Instagram.³⁹

Under Section 56, Terrorism Act 2000 holds someone responsible for „directing, at any level, the activities of an organisation which is concerned in the commission of acts of

³⁷ Europol (2017) p. 54.

³⁸ United Nations Offices on Drugs and Crime, *The use of the Internet for terrorist purposes*, p. 5.

³⁹ Maras, *Cybercriminology*. pp. 385-386.

terrorism” and it could include, for instance, websites linked to the terrorist group. If it is confirmed that the website provides support for the organisation like posting propaganda or raising funds, and therefore the creator of the website could be liable under this Section.⁴⁰

Under Section 331 of the Hungarian Criminal Code, it is considered to be incitement to war if any person who before the public at large engages in incitement to support terrorism or otherwise promotes terrorism shall be punishable, insofar as the act did not result in a more serious criminal offense. The location of this crime is before the public at large which covers the Internet and online platforms.

The dissemination of information may be different than propaganda, since it is useful for their “cause” and not for a specific group. For example, Internet has also examples of „how to” bomb-making instructions and terror manuals, which allows people to produce explosive devices and increase the chance of a terrorist attack.⁴¹ In several countries, in order to be held liable for incitement to terrorism, it requires the requisite intent and a direct causal link between the shared terrorism supporting information and an actual plot or execution of a terrorist act is required. For example, in France the dissemination of instructive materials on explosives would not be considered a violation of French law unless the communication contained information specifying that the material was shared in furtherance of a terrorist purpose.⁴²

The misuse of encrypted messaging platforms - such as Blackberry - by terrorists poses a real threat, especially since encrypted communication facilitates the preparation of plots and subsequent claim of responsibility. The popularity of encryption technology has led to some governments to introduce laws that are made to require the production of either the key to decrypt the information or the information itself, since without such laws the secure communication is limitless.⁴³ They use also the so-called Darknet that is a distributed anonymous network within the deep web that can only be accessed using software such as The Onion Router (TOR)⁴⁴ and other software and virtual private network (VPN) which secures the private network, using encryption and other security mechanisms to ensure that only authorized users can access the network and that the data cannot be intercepted.⁴⁵

In regard to cyber activity of terrorist groups, it is worth to notify that The Islamic State Hacking Division, also known as the United Cyber Caliphate, incorporates any online group identifying itself as the digital army for IS. To date, this has included the Caliphate Cyber Army, which was largely responsible for a number of website defacements; the Islamic Cyber Army, which is believed to be focused on gathering intelligence related to the energy

⁴⁰ Gillespie, *Cybercrime – Key issues and debates*, p. 113.

⁴¹ András Zoltán Nagy, *A számítógépes hálózatok, a terrorizmus új színterei*, [Computer networks as a new environment for terrorism] In: Köhalmi László-Gál István László-Fülöp Péter-Pilisi Fanni-Sági Lilla-Németh Lili (szerk.), *Tanulmányok Bodnár Imre egyetemi adjunktus tiszteletére: Emlékkötet*. Pécs: Pécsi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar (2014) p. 367.

⁴² United Nations Offices on Drugs and Crime, *The use of the Internet for terrorist purposes*, New York (2012) p. 6.

⁴³ Gillespie, *Cybercrime – Key issues and debates*, p. 111.

⁴⁴ Weimann Gabriel, *Terrorist migration to the Dark Web, Perspectives on terrorism Volume 10, Issue 3* (2016) pp. 40-44.

⁴⁵ <https://www.webopedia.com/TERM/V/VPN.html> Accessed 18 April, 2018.

industry and power grids, purportedly in preparation of an attack and the Sons of the Caliphate Army, which focuses on hacking social media accounts on Facebook and Twitter.⁴⁶

2.2. Financing terrorism

Financing terrorism is the most essential activity for terrorists to maintain their operation which might be expensive (e.g. training, weaponry, recruitment, livelihoods, executing attacks etc.). It is also crucial for the success of countermeasures against terrorism to know where and how they get funding.⁴⁷ Financing terrorism is widely considered to be a criminal offence all around the world and the fight against it is challenging.⁴⁸

The manner in which terrorists use the Internet to raise and collect funds and resources may be classified into four general categories: direct solicitation, e-commerce, the exploitation of online payment tools and through charitable organizations. Direct solicitation includes making websites and using online platforms to request donations from supporters. Online payment systems like PayPal makes it easier to transfer funds between parties, while they may be exploited through fraudulent means as identity theft, credit card theft and auction fraud. For example, the perpetrator's action was qualified as the finance act of terrorism in the United Kingdom case against Younis Tsouli, when profits from stolen credit cards were laundered by several means, including e-gold online payment accounts. The laundered money was used both to fund the registration by Tsouli of 180 websites hosting Al-Qaida propaganda videos and to provide equipment for terrorist activities in several countries. Approximately 1,400 credit cards were used to generate approximately £1.6 million of illicit funds to finance terrorist activity.⁴⁹

Furthermore, using decentralised virtual currencies, the so-called cryptocurrencies like Bitcoin and other altcoins (Ethereum, Zcash and Monero) are also popular, because they may allow greater anonymity than traditional noncash payment methods. For example, Bitcoin addresses function as accounts, have no names or other user identification attached, the system has no central server or service provider. Bitcoin system does not require or provide identification and verification of participants therefore it cannot be associated with real world identity. Since there is no central oversight body, it makes it difficult for the law enforcement to target an entity for investigative or asset seizure purposes. Virtual currencies create challenges for law enforcement, since some jurisdictions consider them as goods or property, while some consider as taxable assets, but there are only a few one, which recognise them as currency. To sum it up, virtual currencies have a potential risk, since they make it possible for criminals to manage their criminal finance with ease (like money laundering, financing terrorism).⁵⁰

They can use seemingly legitimate organizations⁵¹ like charities or establish shell

⁴⁶ Europol, (2018) p. 15.

⁴⁷ Financial Action Task Force, *Virtual Currencies – Key Definitions and Potential AML/CFT Risks* (2014) p. 9.

⁴⁸ See more: Gábor Kovács and Péter Nyitrai, *The fight against financing terrorism: New challenges and development in Hungarian Law, Acta Juridica Hungarica* 55, No. 3. (2014) pp. 236-260.

⁴⁹ United Nations Offices on Drugs and Crime, *The use of the Internet for terrorist purposes*, p. 7.

⁵⁰ Financial Action Task Force, *Virtual Currencies – Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, pp. 9-13.

⁵¹ László István Gál, *A pénzmosással és a terrorizmus finanszírozásával kapcsolatos jogszabályok magyarázata, [Commentary for regulations in regard to money laundering and financing terrorism]* HVG-ORAC

corporations, disguised as philanthropic undertakings to ask donations (for instance Benevolence International Foundation, Global Relief Foundation and the Holy Land Foundation for Relief and Development, all of which used fraudulent means to finance terrorist organizations in the Middle East).⁵²

In the United Kingdom, under Section 14 of the Terrorism Act 2000 defines the terrorist property, which refers to “money or other property which is likely to be used for the purposes of terrorism, proceeds of the commission of acts of terrorism and proceeds of acts carried out for the purposes of terrorism.” Specific offences under Sections 15-18, whether committed in the UK or overseas include: “inviting, providing, or receiving money or other property with the intention or reasonable suspicion that it will be used for the purposes of terrorism (fund-raising); using or intending to use money or other property for the purposes of terrorism (use and possession); being involved in an arrangement which makes money or other property available for the purposes of terrorism (funding arrangements); being involved in an arrangement which facilitates the retention or control of terrorist property by concealment; removal from the jurisdiction; transfer to nominees, or in any other way (money laundering).

According to the Hungarian Criminal Code, it constitutes terrorist financing as a criminal offence under Section 318 “any person who a) provides or collects funds with the intention that they should be used in order to carry out an act of terrorism, b) provides material assistance to a person who is making preparations to commit a terrorist act or who committed a terrorist act, or to a third party on his behest, or c) provides or collects funds with intent to support the persons provided for in Paragraph b), is guilty of a felony punishable by imprisonment between two to eight years.” Under Subsection 2, “any person who commits the criminal offense referred to in Subsection (1) in order to carry out an act of terrorism in a terrorist group, or on behalf of any member of a terrorist group, or supports the activities of the terrorist group in any other form or provides or collects funds with intent to support the terrorist group is punishable by imprisonment between five to ten years.”

According to Section 318/A. “any person who a) provides or collects funds with the intention that they should be used in order to carry out a terrorism-type offense; b) provides material assistance to a person who is making preparations to commit a terrorism-type offense or who committed a terrorism-type offense, or to a third party on his behest, or c) provides or collects funds with intent to support the persons provided for in Paragraph b), is guilty of a felony punishable by imprisonment not exceeding three years.”

3. Conclusion

Without doubt terrorist groups use the Internet for their cause by disseminating their propaganda for recruitment, promoting radicalisation, raising funds for their operation, communicating anonymously. The main problem is that most of these conducts are not considered to be criminal offenses in some countries, so the unified regulation is missing

Lap- és Könyvkiadó, Budapest, (2012) pp. 49-52.

⁵² United Nations Offices on Drugs and Crime, *The use of the Internet for terrorist purposes*, p. 7.

on an international level. It means further challenges that they exploit the different anonymization and encryption tools for their criminal activity. For this reason, all of these activities faces difficulties for legislators and law enforcement as well as.

Since there is no legal definition of cyberterrorism, such attacks generally fall under the domestic laws' definition of acts of terrorism, which may be also different.

To date, true cyberterrorism has not happened yet, but governments must be prepared to avoid the possibility of a "digital Pearl Harbour" or a "digital Mohács", which expression appeared in the Hungarian literature⁵³. The threat of cyberterrorism must be kept in perspective, cyberattacks clearly remain a real and significant threat, regardless of motivation. Although, it is hard to establish an act as cyberterrorism or even cyberwarfare without the attribution of the cyberattack by an individual, terrorist group or state.

⁵³ László Kovács and Csaba Krasznay, *Digitális Mohács. Egy kibertámadási forgatókönyv Magyarország ellen*, [Digital Mohács. A scenario for a cyberattack against Hungary] *Nemzet és Biztonság* 2010/2, pp. 44-55.

Activități de combatere a fraudei și corupției în Ungaria

Compliance Activities against Fraud and Corruption in Hungary*

PhD, Dr. Jur., senior lecturer **István AMBRUS***
Eötvös Loránd University,
Faculty of Law, Department of Criminal Law,
Hungary, Budapest

Dr. Jur., manager **Ádám FARKAS***
Ernst & Young,
Hungary, Budapest

Abstract

The risk of corporate wrongdoing in Central and in Eastern Europe – mainly of fraud and corruption – is considerably higher than in the West. To prevent, uncover, and handle such deeds, corporate compliance activities offer an effective solution in the most general respects. It is already evident that the handling of such activities within the traditional national criminal framework (investigative authority, prosecution, criminal court) is becoming a less and less reassuring prospect. Accordingly this study offers an overview of compliance activities such as forensic data analytics and whistleblowing systems.

Keywords: compliance; corruption; fraud; forensic data analytics; whistleblowing

Rezumat

Riscul abuzurilor corporatiste în Europa Centrală și de Est - în special în ceea ce privește fraudă și corupția - este considerabil mai mare decât în Occident. Pentru a preveni, a descoperi și a sancționa astfel de fapte, activitățile de combatere corporatistă oferă o soluție eficientă în aspectele cele mai generale. Este evident că gestionarea unor astfel de activități în cadrul criminalității naționale tradiționale (organele de urmărire penală, urmărirea penală, instanța penală) devine din ce în ce

* This article was supported by the PD_18 postdoctoral excellence program of the National Research, Development and Innovation Office, Hungary (128394).

* ambrus.istvan@ajk.elte.hu

* Adam.Farkas@hu.ey.com

mai puțin eficientă. În consecință, acest studiu oferă o imagine de ansamblu a activităților de conformitate, cum ar fi analizele de date medico-legale și sistemele de avertizare împotriva infracțiunilor.

Cuvinte-cheie: *combatere, corupție, fraudă, analiză de date criminalistice, avertizare*

1. Introduction

Due to the unique features of the market environment, the risk of corporate wrongdoing in Central and Eastern Europe – mainly of *fraud and corruption* – is considerably higher than in Western Europe. According to estimates by corporate wrongdoing experts, the damage caused by corporate crime on the global level reaches 5% of companies' revenue.¹ This number on its own should justify that companies undertake effective countermeasures against wrongdoings, whether using the instruments of criminal law or otherwise. According to a recent Hungarian survey, however, 94% of responding companies had no “ethical infractions” in the last 5 years. Only of 53.9% of participating Hungarian corporations had a so-called Code of Ethics, though the international rate for this is 81%. 28.5% have a dedicated channel (ethics hotline), while globally this index is at 60%. Only 18% of companies check for conflicts of interest. The risk of data loss, which is made increasingly dire by technological development, is recognized less and less by Hungarian companies each year. While in 2012 36.4% of CEO-s thought that an exiting employee will never leave with the company's data assets, this same metric in 2016 was 61.3%. This change goes against formal logic. The numbers above show that the standards for combating corporate wrongdoing in Hungarian-owned companies do not correspond with international norms. It would then logically follow that there is a distinct possibility that the relative loss in turnover due to these abuses also exceeds the global average. This would indicate the presence of a whole host of disadvantages, the identification of these, however, is beyond the scope of our present effort.

Taking into account the facts above, companies operating in our geographic region should pay special attention to the creation and operation of efficient compliance control environments and frameworks, and to the implementation of these into their corporate cultures.² This is a challenge for companies, because owners and upper management are, according to the axioms of economics, of a profit-oriented persuasion.³ The positive effects of compliance controls (including whistleblowing regimes) on profitability, however, can only be felt in the medium and long term, and it is very difficult to measure them (how can something which has not occurred be measured?). The introduction of compliance controls could potentially have a negative effect on corporate productivity,

¹ See Association of Certified Fraud Examiners: Report to the Nations on Fraud and Abuse. 2016 Global Fraud Story. Source: <http://www.acfe.com/rtn2016/about/executive-summary.aspx>

² For a more detailed account, see Willi Brammertz, *Risk and Regulation*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2010/1, pp. 46-55.

³ It may be said that the economic sector can be described along the lines of a binary value system of profitability or unprofitability.

because it requires expertise, human resources, technical support, and training – and these have significant costs. Besides, it is quite probable that a company suffers a competitive disadvantage due to its ethical operation as the controls introduced make it stiffer, more bureaucratic, and slower to react. A company's functioning, due to these very measures, can become more expensive, while its competitors are unburdened by these added encumbrances. An even more difficult scenario involves the loss of business opportunities due to ethical functioning – for example, if a company is no longer willing to engage in bribery or offer its potential business partners lavish gifts or luxurious trips.

2. The use of compliance devices

Fundamentally, the academic consensus is that in a globalized world ethical business operations and the development of an effective corporate culture against fraud, bribery, and other corrupt activities will eventually lead to a competitive advantage, because these nurture trust in third-parties – and even in partners who, as a result of globalization, function in completely different geographic or social milieus.⁴ As a result, external trust can be described as a corporate *value* which is difficult to cultivate but easy to destroy with any acts which raise questions about a company's general ethical approach.

Admitting that in the long term it is practicable to conduct business ethically is counter-intuitive to many in upper management, as they are evaluated based on profit generated and over short periods. It is thus unsurprising that 42% of financial leaders believe unethical business conduct is acceptable to reach targets.⁵ Explaining clearly these complicated correlations to senior executives and getting them to commit to and maintain corporate compliance even under considerable daily pressure are the greatest challenges for compliance professionals.

Encouraging and conserving commitment among senior leadership, hiring compliance experts, creating and operating internal regulatory environments, periodical risk analysis, implementing whistleblowing systems, and appropriately training staff are all traditional *compliance tools*. Though these are effective instruments on their own, *IT support* plays an increasingly essential role in the field. Without proper IT support for compliance processes, companies' complex business processes are more and more difficult to oversee. This boosts the odds of abuse. It should be noted at this point that a well-constructed compliance control environment with apt IT support helps a company protect its financial assets and data, as well as safeguard its operational continuity against *external* (cyber-attacks) and *internal threats* (employee data theft).

3. Forensic data analytics (FDA) tools as compliance activity

⁴ Cf. Joseph A. Petrick, John F. Quinn, *The Challenge of Leadership Accountability for Integrity Capacity as a Strategic Asset*, *Journal of Business Ethics* 2001/3, pp. 331-343., Peter Verhezen, Paul Morse, *Consensus on Global Governance Principles?* *Journal of Business Ethics*, 2009/1, pp. 84-101.

⁵ EY Global Fraud Survey 2016. Source: <http://www.ey.com/gl/en/services/assurance/fraud-investigation--dispute-services/ey-global-fraud-survey-2016>

So-called *forensic data analytics* (FDA) tools are able to process enormous quantities of information from multiple sources. They can reveal and display patterns and trends that hint at suspicious activities or indicate abuse, and which would remain concealed if we could only rely on human expertise or analytical ability.⁶ Even the very existence of such systems can have a *general preventive effect*, because they can dissuade external or internal perpetrators from executing their plans. Simultaneously, early detection in the initial stages of abuse is likewise an important element of prevention, as it can minimize damage. FDA systems allow the documentation of misconduct in a manner that can later aid legal (even criminal) proceedings. Optimally, an effective corporate compliance environment can discourage wrongdoing in a general preventive manner, or abuses can be discovered early, e.g. via whistleblowing or FDA instruments. This is followed by a professional *internal investigation*, the goal of which is to process the affair and document evidence (perhaps with the use of FDA) in a manner that preserves evidential force. When a criminal complaint is made, the authorities can essentially receive a complete case, and this can already be observed at today's more mature organizations. Presenting such a complete portfolio can make criminal proceedings faster, more effective, and, notably, more prolific. It also minimizes the strain on authorities' resources.

A well-functioning compliance environment amplifies the general preventive character of criminal law, and it aids in the timely discovery of criminal activities. What is more, it can facilitate internal investigations, as well as the preservation and use of evidence for criminal proceedings. This is possible if companies, at least on the middle-management level,

1. acting on their own initiative or perhaps at the behest of some additional legislative encouragement, invest in compliance functions, including FDA tools;
2. establish clear whistleblowing rules within the legal framework, encourage the use of the system, evaluate risk regularly (including through the use of data-based and FDA assessments);
3. invest in both human and technological resources to combat cyber-attacks;
4. carry out due diligence prior to establishing business relationships; and establish and maintain compliance awareness at all levels of the company through uniquely- tailored training.

4. Compliance and Criminal Law

In a point of view of Criminal Law we have to say, that misconduct committed within and for the benefit or detriment of a company or (public) institution, though it often falls under one of the offenses contained in Act C of 2012 on the Hungarian Criminal Code (“Criminal Code”), rarely results in criminal proceedings. This does not mean that such forms of conduct occur only sporadically. Investigating and proving these crimes, however, is unusually difficult,⁷ and, as such, latency in this area is especially high.⁸

⁶ EY Global Forensic Data Analytics Survey 2016. Source: <http://www.ey.com/gl/en/services/assurance/fraud-investigation---dispute-services/ey-shifting-into-high-gear-mitigating-risks-and-demonstrating-returns>

⁷ Janin Pascoe, Michelle Welsh, *Whistleblowing, Ethics and Corporate Culture: Theory and Practice in*

Nonetheless, these activities' global pervasiveness and the social and economic damage they cause justify why some of the issue's legal ramifications and its institutional framework should be explored, along with certain expected (or, at least, desirable) developmental trends. An outcome of globalization is that companies operate across borders. This means that the foundations of a Hungarian approach cannot be established without analyzing foreign legal instruments (mainly from the English-speaking world) or literature concerned with the practical and academic aspects of the topic.

It is already evident that the handling of such activities within the traditional national criminal framework (investigative authority, prosecution, criminal court) is becoming a less and less reassuring prospect. The causes for this can be found in the previously-mentioned interdisciplinary nature, the axioms of the globalized economic system, and the phenomenon of a quasi-permanently unfolding digital revolution. In today's so-called Big Data Era, when neither borders nor technology can block the flow of data or halt its processing, it is difficult to fight crime with traditional tools. That in increasingly information-based societies a company's greatest assets are information and data – which, due to the digital revolution, can be easily appropriated using illegal tools – only expands this problem.

We agree that corporations' interests are threatened not just by behaviors that fall within the scope of criminal law but also by those in the purview of other legal fields, as well as potentially lawful but morally objectionable acts. To prevent, uncover, and handle such deeds, *corporate compliance activities* offer an effective solution in the most general respects. In the interest of brevity, this study will concentrate on wrongdoing that can be classified as criminal, a preventive strategy that is a subcategory of compliance known as *whistleblowing*, and possible reactions to misconduct.

Today, corporate *internal investigations* or the Hungarian *employers' whistleblowing system* may be placed among the traditional institutions of criminal procedure law or, if viewed chronologically, *before* these. We will examine how general prevention strategies can succeed within a company through responsible corporate governance and the establishment and operation of an appropriate compliance control environment, and what responsibilities corporate leadership has to owners and, potentially, other stakeholders⁹ in this respect.

5. The concept and types of whistleblowing as a compliance activity

In 2014, a cross-continental group of researchers released the *International Handbook on Whistleblowing Research*. It defines a whistleblower as “an organizational or institutional 'insider' who reveals wrongdoing within or by that organization or institution, to someone

Australia, Common Law World Review, 2011/2, p. 146.

⁸ David Lewis, A. J. Brown, Richard Moberly, *Whistleblowing, its Importance, and the State of Research*. In: A. J. Brown, David Lewis, Richard Moberly, Wim Vandekerckhove (editors): *International Handbook on Whistleblowing Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014. p. 33.

⁹ In the English-speaking world, stakeholders are persons or groups to whom a company owes responsibility, though they cannot be regarded as owners.

else, with the intention or effect that action should then be taken to address it".¹⁰ However, this general definition, according to many, could require further categorization. It could also potentially be amended with several substantive elements.

For instance, Daniel Westman delineated three subcategories: active, passive, and embryonic whistleblowing. *Active* whistleblowing refers to individuals who make an actual disclosure, while *passive* covers employees who refuse to carry out their employer's orders when they believe these to be illegal. *Embryonic* whistleblowing can be both active and passive, though the individual is removed from his or her position prior to disclosure due to a lack of trust.¹¹

Robert Vaughn distinguishes between *legal* and *illegal* whistleblowing.¹² The basis of this differentiation – less candidly referred to as *direct* or *indirect* whistleblowing – is whether the addressee of the disclosure has a right to initiate proceedings or sanction. An example of a situation where this is not the case occurs when whistleblowing is conducted through the media.¹³

Amanda Leiter divides whistleblowing into *hard* and *soft* variants. Under the second category she includes employee declarations which do not conflict with any company rules, legal or moral, though, according to the discloser's position, they refer to arbitrary or reckless activities.¹⁴

Finally, the most commonly used categorization fits whistleblowing into *internal* and *external* forms. The former contains the case of when the disclosure takes place within one of the company's internal forums. The external whistleblower, however, divulges to an entity independent from the company. We can also speak of a *mixed* whistleblowing system if the announcer can turn to both internal and external forums.¹⁵

The cradle of (modern) whistleblowing is undoubtedly the United States. The construction of a veritably modern federal whistleblowing regime was initiated by the 1978 Civil Service Reform Act (CSRA) and the Whistleblower Protection Act (WPA) from 1989.¹⁶ Following the Enron and WorldCom scandals, a new milestone was reached with the Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX).¹⁷ The Dodd-Frank Wall Street Reform and

¹⁰ Lewis, Brown, Moberly, *op. cit.* p. 33.

¹¹ Daniel P. Westman, *Whistleblowing: The Law of Retaliatory Discharge*, The Bureau of National Affairs, Washington DC, 1991. pp. 19-20.

¹² Robert G. Vaughn, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2012. p. 11.

¹³ James Fisher, Ellen Harshman, William Gillespie, Henry Ordower, Leland Ware, Frederick Yeager, *Privatizing Regulation: Whistleblowing and Bounty Hunting in the Financial Services Industries*, Dickinson Journal of International Law, 2000/3, p. 128.

¹⁴ Amanda C. Leiter, *Soft Whistleblowing*, Georgia Law Review, 2014/2, p. 436.

¹⁵ Stephen M. Kohn, *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*, Quorum Books, Wesport, Connecticut, 2001. p. 23.

¹⁶ Norm Keith, Shane Todd, Carla Oliver, *An International Perspective on Whistleblowing Criminal Justice*, 2016/3, p. 15.

¹⁷ For a Hungarian account of the Enron scandal, see Kecskés András, *Az Enron botrány és az üzleti jog rohadó almái*, [The Enron scandal and the rotten apples of business law] Magyar Jog, 2008/6, pp. 429-440.

Consumer Protection Act (commonly referred to as the Dodd-Frank Act), which amended the SOX Act, was passed in 2010 following the 2007 start and 2008 global deepening of the Great Recession. After this, finally the Council of Europe began planning whistleblowing recommendations in 2010 too. As a part of this effort, a commission explored the subject, chiefly by reviewing US regulations. Based on the commission's report – which gave a concrete definition of whistleblowing – the Committee of Ministers passed Recommendation CM/Rec(2014)7¹⁸. This document called for the creation of relevant regulations within member states, and it noted that these regulations should give due consideration to human rights. After this, especially due to the Edward Snowden affair, events started to speed up. Two reports were completed in January and May 2015, respectively, to facilitate safeguards for whistleblowers. These recommended setting up whistleblowing regimes in both the public and private sectors, the establishment of independent authorities to monitor these regimes, and taking steps to ensure the protection of whistleblowers who are exposed to domestic persecution.¹⁹

The European Court of Human Rights (ECtHR), too, had to address issues related to whistleblowing, albeit in an employment law context. In *Heinrich v Germany*, the applicant worked in a nursing home of which the Berlin government was a majority owner. Downsizing caused the staff to be overwhelmed, and the proper quality of care could no longer be maintained. In 2004, the discloser, via a legal adviser, notified the management in writing that this was the case and called on them to remedy the situation. The leadership refused, and in December 2004 the lawyer made a criminal complaint against the company. In January 2005, the nurse was laid off – supposedly due to a periodically recurring illness. The nurse attacked the dismissal in a labor court. The investigation of the nursing home was restarted in February 2005 and the nurse cited as a witness, but the probe was halted in May. The Berlin Labor Court ruled that employment could not be considered terminated, because it was ended illegally. The appellate court, however, struck down the first instance decision because it viewed the employee's reaction as disproportionate vis-à-vis the harm which effected it. Thus, the nurse was not exercising a constitutional right but breaching a duty arising from employment. The Federal Labor Court similarly rejected the appeal, as did the Federal Constitutional Court. Subsequently, the nurse turned to the ECtHR, which ultimately validated her claim and stated that the discloser utilized a constitutional right when reporting misconduct at her place of employment (and acted, fundamentally, as a whistleblower would). Based on this decision, public interest disclosures can now be fitted into the catalog of human rights.²⁰

¹⁸ Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers. Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2014. Source: <https://cedem.org.ua/en/library/recommendation-cm-rec-2014-7-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-the-protection-of-whistleblowers> (date of access: 12 October 2018)

¹⁹ Günter Schirmer, Sandra Coliver, *Resolution 2060 on Improving the Protection of Whistle-blowers*, International Legal Materials, 2015/6, p. 1131.

²⁰ *Heinisch v. Germany*, Application No. 28274/08, 21 July 2011. ECHR held a tentative unanimous

6. The Example of Hungary

While examining the relevant Hungarian rules, it becomes evident that its roots reach back to the middle of the socialist period – to the time of the so-called “soft dictatorship.” Then, after a brief legislative detour, the lawmaking initiatives of the most recent period opened a fundamentally new chapter in the story of reporting abuses.

The nearly analogous – although not entirely accurate – Hungarian terminology for whistleblowing may be the categories of *public interest discloser* or *company discloser* (*közérdekű bejelentő* and *vállalati bejelentő*, respectively). The first appearance of these was a legislation in effect from 1977 until Hungary's 2004 EU accession: *Act I of 1977 on Public Interest Disclosures, Recommendations, and Complaints*²¹. According to § 4(1) of this law, “a public interest disclosure highlights circumstances, errors, or deficiencies the remedying of which serves the interests of the community or society as a whole. It draws attention to behaviors or facts which are illegal, contrary to socialist morals or the principles of socialist economy, or otherwise offend or endanger the interests of society.” The addressee can be a state agency, a company, an institution, an association, an oversight body, etc. (Act I of 1977, § 2). It must be highlighted that this law already emphasized the protection of the discloser, and, as such, allowed anonymous reports. If, however, it became clear that the discloser acted in bad faith, his or her identity had to be revealed [Act I of 1977, § 15(3)].

The next step was *Act CLXIII of 2009 on the Protection of Fair Procedure and Related Amendments*²². This was not at all akin to the previous regulation, but, as the relevant parliamentary memorandum states, it utilized certain solutions from the US. It can be emphasized, that the law's general Explanatory Memorandum referred to, on the one hand, the Hungarian Constitutional Court's position on fair trial²³. On the other, it mentioned *expressis verbis* the *whistleblowing phenomenon*, which it defined as “an employee of an organization, who sets aside his/her personal interests, acts to avert harm (prevention) threatening others (the community in a narrow or broad sense) by revealing an irregularity (misconduct) detected at his/her place of employment.” The law prescribed a procedural fine ranging from 50,000 to 500,000 HUF for offenders (or, in the case of legal persons, from 100,000 to 5 million HUF) [Act CLXIII of 2009 § 11(1)]. For a person making an unfounded claim, the sanction may be between 50,000 and 300,000 HUF (a falsely disclosing organization can receive a charge stretching from 200,000 to 1 million HUF). Furthermore, echoing its American forerunner, § 16(1) of the 2009 Act states that “if the Authority imposed a fine due to a failure to fulfill the requirement of fair procedure, the Authority's president may award the discloser 10% of the fine.” As it can be discerned from the quote above, § 4 of the law intended to establish a Public Procurement and

judgement that there had been a violation of freedom of expression, pursuant to Article 10 of the European Convention on Human Rights. Source: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/em282740.html>

²¹ Was in force between 30 March 1977 and 30 April 2004.

²² Was in force between 1 April 2010 and 31 December 2013.

²³ Primarily to decisions of the Hungarian Constitutional Court 6/1998. (III. 11.) and 14/2004. (V. 7.)

Advocacy Authority (according to the preamble to increase efficiency in combating corruption), but this never materialized.

Primarily because of the legal guarantee it offers, it is necessary to highlight Article XXV of the Fundamental Law of Hungary, according to which *“everyone shall have the right to submit, either individually or jointly with others, written applications, complaints or proposals to any organ exercising public power.”*

The current legal environment was created by Act CLXV of 2013 on Complaints and Public Interest Disclosures (*“the complaint law”*).²⁴ This law can be described as one enabling disclosures in both the state and private sectors. According to the definition in § 1(3), a disclosure *“calls attention to a circumstance the remedying or discontinuation of which is in the interest of the community or the whole society. A public interest disclosure may also contain a proposal.”* The public interest disclosure must be evaluated within thirty days [complaint law, § 2(1)].

Moreover, the general Explanatory Memorandum – in addition to referring to the above-quoted passage from the Fundamental Law – also notes that *“a characteristic of the new regulation is that it supports anti-corruption measures in the private sector in addition to those in the public sector, and thus it allows organizations to formulate distinct procedures for handling disclosures and to enter into agency contracts with lawyers for the receipt of disclosures (discloser protection lawyer).”* The goal of this legal institution is for *“the principal (typically a business organization) to engage the discloser protection lawyer within a tripartite legal relationship to receive in its name disclosures relating to the principal either from its employees or external partners”* (detailed Explanatory Memorandum).

A similarly novel solution is the creation of *whistleblowing systems* sketched out in §§ 13-16, in connection with which the law *“records the most important guarantees for the operation of the system (finality, entry into a data protection register, the prohibition on processing of special personal data, the requirements for terminating data handling, notification of employees, and containment of misuse). That legal persons in a contractual relationship with the employer (subcontractors, suppliers) can also make reports in the whistleblowing system is an important requirement, as this aids the more comprehensive information of management”* (detailed Explanatory Memorandum). What is more, § 14(6) decrees that *“persons having a legitimate interest in making a whistleblower report or in remedying the conduct concerned”* may also make reports.

7. Significant theoretical and practical issues in whistleblowing

In this section, we will highlight the most notable characteristics that must be considered during the legal regulation of whistleblowing and the creation of whistleblowing systems. Our primary aim is not to evaluate the Hungarian legal environment, however, but to present common questions within a broader perspective.

²⁴ Came into force on 1 January 2014.

7.1. The first obvious question which may arise concerns *who* is entitled to make a disclosure. According to the main rule, natural persons (or the representatives of legal persons) employed or in other employment-oriented legal relationships with the company have standing. Thus, according to general opinion, a personal qualification is necessary. In addition to the above-referenced § 14(6), a clause which expands the category of qualified persons, it may also be possible to make an exception based on *chronology*: On the basis of an overriding interest, it is possible for a person previously employed by the company to disclose, too, though his or her legal relationship might have been terminated already at the time of the disclosure.

7.2. Dividing whistleblowing according to its object is primarily based on whether the misconduct to be disclosed is legally or morally objectionable. If the issue in question happens to be unlawful, it must be decided whether the given activity or omission violates or compromises criminal law rules or, perhaps, another field of law (e.g. regulatory offences). According to the correct position, which we already quoted, public interest disclosures may also play a role in the previously-mentioned cases, as well as in civil law-related detriments such as negligence or violations of personal rights (e.g. those concerning reputation). Nonetheless, the most common forms of misconduct pertain to malfeasance in connection with financially valuable data. The future of whistleblowing will, increasingly, lie in criminality of this nature.²⁵

7.3. The establishment of a whistleblowing system, as demonstrated by the effective Hungarian legal environment, can occur within both the private or public sector. In connection with the latter, the only criteria that must be noted is that such a system, due to parallelism, may sometimes conflict with disciplinary regulations in a given field, thus special attention must be paid to harmonization.²⁶ This can be particularly relevant in policing.²⁷

7.4. When speaking of the direction of disclosure, we intend to differentiate between whether it should occur internally within the company's own regime or if it is to be targeted towards an external forum. Academic literature indicates that both solutions can have drawbacks. If the only available option is external whistleblowing, this can easily turn into fertile ground for retaliation against the discloser. On the other hand, if the opportunity is exclusively external, it can serve as a path for a disappointed employee's vendetta, perhaps after failing to receive a much-anticipated promotion. This can result in a damaged reputation, which is an essential factor in determining a company's

²⁵ Elletta Sangrey Callahan, Terry Morehead Dworkin, David Lewis, *Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest*, Virginia Journal of International Law, 2004/3, pp. 903-904.

²⁶ Cf. e.g. Act CXCIX of 2011 on Public Officials §§ 155-159

²⁷ E.g. chapter 15 of Act XLII of 2015 on the Service Status of Professional Members of Law Enforcement Agencies

competitiveness.²⁸ Keeping this in mind, our position is that a combination of internal and external whistleblowing may be the most effective solution. The Hungarian complaint law is thus especially forward-thinking in its introduction of a “middle man,” the discloser protection lawyer.

7.5. If the internal investigation conducted as a result of whistleblowing yields suspicions of a crime, the question arises whether the company has a *duty to make a criminal complaint*. § 16(3) of the complaint law states a fairly clear rule pertaining to this point: “*If the investigation of the conduct reported by the whistleblower warrants the initiation of criminal proceedings, arrangements shall be taken to ensure that the case is reported to the police.*” Our attitude in relation to the appropriateness of this solution is highly skeptical. Although § 376(1) of Act XC of 2017 on Criminal Procedure²⁹ states that “anyone may lodge a complaint concerning a criminal offence,” the main rule in Hungary’s system of criminal law is that an absolute duty to this effect only exists under exceptional circumstances. Consequently, establishing this duty in connection with misconduct of *any severity* hardly seems justified. On our part, to increase the efficiency of investigations, we would endorse legislative amendments that would allow exceptions from the *ex officio* principle by considering it an impediment to punishability if a lesser non-violent offence was uncovered through an employer’s whistleblowing system, if it can be handled “in-house,” and if a criminal procedure in connection with the matter does not serve a pressing social interest. It should be noted that the timeliness of criminal proceedings would also improve if, for example, a small-scale workplace embezzlement did not necessarily warrant the use of the state’s punitive powers.

7.6. The complaint law states already in its preamble that the protection of public interest disclosers must be ensured as much as possible. Furthermore, § 11 includes the guarantee that all measures disadvantageous for the whistleblower and arising as a result of the disclosure will be unlawful (notwithstanding cases of bad faith), even if they would otherwise be legal. § 12(3) extends forms of assistance contained in Act LXXX of 2003 on Legal Aid to whistleblowers as well.

It must be noted that § 257 of Act IV of 1978 (the previous Criminal Code) criminalized the initiation of any disadvantageous measures against a person making a public interest disclosure up until 31 January 2013 (the offence of “persecution of a public interest discloser”). This act is now only a regulatory offence (as per § 206/A of Act II of 2012 on Regulatory Offences, Regulatory Offences’ Procedure and the Regulatory Offence Registry System). Determining which field of law should criminalize an act dangerous to a given society is fundamentally a legislative prerogative. Instead of undertaking such an endeavor, our position is that it is efficiency which must be increased in relation to both criminal and petty offenses.

²⁸ Meghan Elizabeth King, *Blowing the Whistle on the Dodd-Frank Amendments: the Case Against the New Amendments to Whistleblower Protection in Section 806 of Sarbanes-Oxley*, American Criminal Law Review, 2011/3, p. 1483.

²⁹ Came into force on 1 July 2017.

7.7. This is a widespread solution in English-speaking countries, and, as we have seen, Hungarian lawmakers have also toyed with the idea of introducing whistleblower rewards in 2009, thus providing motivation for disclosures.³⁰ Due to present circumstances in Hungary, however, the introduction of such a system presumably will be delayed – at least until whistleblowing regimes are so common and developed that it can be assumed that the majority of claims are authentic reports of abuse and not simply venal and baseless allegations.

7.8. To conclude this section, we may declare that a position, which would not only support penalizing courses of action against whistleblowers (either with tools meant for felonious or petty offenses) but would also create the possibility – if a *sui generis* case is established and in addition to liability for damages – of sanctioning bad-faith whistleblowers involved in severe instances of abuse, would be a respectable one to hold.

8. Summary and final recommendations

Our present study offered guidance on how to counter corporate wrongdoing more effectively. Finally, we must attempt, as completely as possible, to answer our initial question: How can corporate compliance activities be made more effective?

1. Our position is that the proposition, which states that at least some companies must be *legally required* to set up and run whistleblowing systems, needs to be considered and debated carefully. It is possible that a threshold could be established based on revenue or the number of employees, and the establishment of a system could be mandated once this threshold is reached. Another workable approach would be to compel all businesses that do not have SME status.³¹

2. It is also worth considering making certain *benefits* conditional on the establishment of control systems, such as tax breaks (e.g. on corporate and dividend tax) or more lenient legal consequences if a wrongdoing done for the company's benefit (or in its name) is uncovered.

3. It seems unavoidable to have to contemplate the popularization of disclosure and *best practices from the United States or Western Europe*. Even the best-constructed whistleblowing system will remain ineffective if it is not used by the employees.

4. To provide legal guarantees, it is necessary to legally prescribe an internal regulatory requirement relating to internal investigations.³²

5. Furthermore, we recommend that if an internal investigation leads to suspicions of

³⁰ For the latest American solutions, see Kathryn Hastings, *Keeping Whistleblowers Quiet: Addressing Employer Agreements To Discourage Whistleblowing*, Tulane Law Review 2015/2, pp. 497-500.

³¹ SMEs are micro, small and medium-sized enterprises. Support for their development is detailed in § 2 of Act XXXIV of 2004.

³² E.g. in a manner analogous with § 24(3) of Act CXII of 2011 on the Right of Informational Self-Determination and on Freedom of Information

illegal activity, *it should not be generally mandatory to make a criminal complaint*. In practice, it is often the difficulties associated with criminal proceedings (witness duty, legal and travel costs) that deter corporate leadership from establishing a whistleblowing system. The desired goal of legal policy would be advanced if managements could decide freely whether to report certain crimes – though, naturally, such liberties would solely exist in relation to non-violent offenses and only below a certain monetary threshold. Nonetheless, such a measure would increase the number of companies operating control mechanisms, and these companies would be more likely to communicate the regime's usefulness to their employees.

6. Today, rules of criminal law and procedure allow for more exceptions from the principle of *ex officio*. Keeping this in mind, it would not be unreasonable to suggest that punishment for certain low-value financial misdeeds by an employee at the expense of the company should be *conditional* on a criminal complaint being made by the company.³³ For example, it would be practically convenient for both companies and the authorities to avoid prosecuting a minor embezzlement case uncovered by an internal investigation to which an employee confessed and for which he or she perhaps even already compensated for.

7. Finally, our stance is that the key to all problems arising in connection with whistleblowing systems is *the individual*. Therefore, it is useful for increasing awareness and developing conscious employee behaviors to have annually recurring and mandatory training sessions, as these can provide up-to-date information on the current legal environment and continuously-changing corporate mechanisms.

³³ For a high number of crimes, this possibility would be automatically precluded due to the communal nature of the legal object. Such would be the case for the offence of corruption.

Erori în stabilirea mecanismului de comitere a unei infracțiuni de omor

Errors in Establishing the Mechanism of Committing a Crime of Murder

Prof. univ. dr. **Tiberiu MEDEANU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The body of a 27-year old woman was found in a forest, 26 days after the date of disappearance. It was packed in garbage bags and showed signs of advanced decay.

In this case, several versions were formulated and a lot of evidence was administered, including the analysis of the suspects' telephone traffic.

In the crime scene investigation report it was recorded that a lesion located in the forehead area was found, lesion which might have been caused by a hard object with the edge of approx. 3-4 cm; lack of cranial bone was discovered in that area. The same mechanism and injurious object was recorded in the forensic necropsy report, in the indictment and in the sentence.

It was found that the crime was committed by the victim's brother and a friend, in order to rob the victim, in an apartment. The defendants argued that she was shot in the head by two other persons and that they were threatened to be killed if they did not conceal the body.

The version according to which the victim was shot by the defendants or by the persons mentioned by them was not sufficiently analysed and a pluridisciplinary investigation of the injury was not conducted. This version may be plausible, given the conformation of the injury, the location of the lesions, the surrounding traces and the traces of blood on the hallway walls.

The motive that the crime was committed for robbery does not subsist because the victim did not carry with her the 123,000 \$ she had come into the country with and jewellery was found on the victim's neck and hands.

The conclusion regarding the existence of an alcohol concentration of 2.60 gr.%0 presumably caused by injecting alcohol into the thoracic region is also questionable.

Keywords: *crime of murder; mechanism of production; injurious object; shooting; errors.*

* tiberiu.medeanu@e-uvv.ro

Rezumat

Cadavrul unei femei în vârstă de 27 de ani a fost găsit într-o pădure, după 26 de zile de la data dispariției. Era ambalat în saci menajeri și prezenta urme de putrefacție avansată.

În cauză au fost formulate mai multe versiuni și au fost administrate numeroase probe, inclusiv analizarea traficului convorbirilor telefonice ale suspectilor.

În procesul verbal de cercetare la fața locului s-a consemnat că în zona frunții se observă o leziune care putea fi cauzată cu un corp dur cu muchia de cca. 3-4 cm, în zona ei fiind constatată lipsă de substanță osoasă craniană. Același mecanism și obiect vulnerant a fost consemnat în raportul medico-legal de necropsie, în rechizitoriu și în sentință.

S-a reținut că fapta a fost comisă de fratele victimei și de un prieten, în scop de tâlhărie, într-un apartament. Inculpații au motivat că a fost împușcată în cap de alte două persoane, fiind amenințați că vor fi uciși dacă nu ascund cadavrul.

Versiunea uciderii prin împușcare de către inculpați ori de persoanele la care fac ei referire, nu a fost analizată suficient și nu s-a efectuat o cercetare pluridisciplinară a leziunii. Această versiune poate fi plauzibilă, prin prisma conformației leziunii, a locului de amplasare a leziunilor, a urmelor din jur și a urmelor de sânge de pe pereții holului.

Nu subzistă nici mobilul comiterii faptei în scop de tâlhărie, deoarece victima nu purta asupra ei suma de 123.000 dolari cu care venise în țară, iar bijuteriile au fost găsite la gâtul și pe mâinile victimei.

Este criticabilă și concluzia referitoare la existența unei alcoolemii de 2,60 gr.%0, despre care se afirmă că a fost cauzată prin injectarea alcoolului în zona toracelui.

Cuvinte cheie: infracțiunea de omor; mecanismul producerii; obiectul vulnerant; împușcare; erori.

1. Aspecte referitoare la infracțiune

Lara S., în vârstă de 27 de ani, din municipiul Constanța, se căsătorise în Turcia cu un bărbat foarte bogat, având împreună o fetiță. La sfârșitul lunii aprilie 2012 s-a reîntors în municipiul Constanța cu avionul, împreună cu fetița și bona acesteia. Autoturismul de lux i-a fost adus din Turcia de un șofer particular.

A discutat cu mama și frații despre posibilitatea achiziționării unui apartament în municipiul respectiv, știindu-se că a adus o sumă mare de banii pentru cumpărarea acestuia.

La data de 3 mai 2012 a plecat de la domiciliul mamei la o întâlnire cu fratele ei Ghiunal, pentru a vedea împreună un apartament. Nu a revenit la domiciliu astfel că mama a reclamat dispariția. S-a constatat că autoturismul și seiful victimei, cu suma de 123.000 dolari, se găseau la domiciliul mamei.

A fost dată în urmărire generală și au fost formate mai multe versiuni, printre care și în sensul uciderii ei de către persoane angajate de soțul din Turcia, cu care avusese unele disensiuni din cauza intenției de a divorța.

În cercul persoanelor suspecte a fost inclus și fratele ei Ghiunal, din cauza faptului că nu recunoștea că s-a deplasat în ziua respectivă împreună cu sora sa, deși imaginea lor apărea pe o cameră video amplasată în centrul municipiului Constanța, fiind împreună cu a prietenului George D. Cei doi declarau că petrecuseră ziua respectivă în portul Constanța, deși analiza traficului convorbirilor telefonice demonstra că au fost în zona localității Năvodari.

Ghiunal Ș. și George D. au recunoscut în final că s-au deplasat cu Lara în apartamentul cetățeanului libanez Khalil M., de la care al doilea inculpat avea cheile, dar au motivat că a fost ucisă prin împușcare de doi cetățeni turci, care au pătruns acolo fără voia lor. Au motivat că aceștia i-au amenințat că îi vor ucide dacă nu ascund cadavrul, astfel că ei l-au ambalat și l-au transportat într-o zonă cu vegetație forestieră.

Cadavrul a fost găsit după 26 de zile, în 29 mai 2012, la liziera unei păduri dintre localitățile Lumina și Năvodari. Era ambalat în saci menajeri de culoare neagră, înfășurați cu bandă adezivă. Prezenta urme de putrefacție avansată, pe întinse regiuni ale corpului existând mucegai. Purta un inel cu pietricele, o brățară și două lăntișoare subțiri, fiecare cu câte un medalion, iar pe picioare avea pantofii.

În procesul-verbal de cercetare a locului găsirii cadavrului se menționează că „în zona frunții spre dreapta se observă o leziune de violență, după formă aceasta putând fi produsă de un corp dur cu muchia de 3-4 cm., în zona leziunii fiind constatată lipsă de substanță osoasă craniană”¹.

Raportul medico-legal de necropsie menționează „focar de fractură frontal paramedian-dreapta, supra orbital, de formă relativ poligonală, cu dimensiuni 5/3 cm, cu un fragment lateral de cca. 3/2 cm. ce se înfunda în cutia craniană. De la acest focar iradiază fracturi liniare, una spre stânga, orientată transversal, alta spre orbita dreapta, oblică, cu traiect sagital posterior, paramedian dreapta, fronto-parietal dreapta, de la care iradiază linii transversale spre baza craniului din partea dreapta. Baza craniului este fracturată cominutiv în etajele anterioare, 1/2 dreapta și pe o mică zonă paramedian stânga și în etajul mijlociu pe partea dreaptă.”

S-a mai precizat că este posibil ca lovitura la nivelul capului să se fi produs, posibil cu sprijinul pe un plan dur, direcția de lovire fiind antero-posterioară și ușor de la stânga la dreapta, autorul fiind față în față cu victima; intensitatea loviturii a fost mare, iar rezistența osoasă redusă (oasele craniului subțiri). S-a mai consemnat că în lichidul pleural s-a constatat o concentrație de alcool de 2,60 la %².

În rechizitoriu au fost preluate aceste aspecte, fiind consemnat faptul că inculpații au încercat să o tâlhărească pe victimă pentru a lua banii despre care credeau că se găsesc în poșetă. Deoarece aceasta a opus rezistență a fost lovită în zona ochiului stâng. Lovitura a

¹ Parchetul de pe lângă Tribunalul Constanța, procesul-verbal din 29 mai 2012, nepublicat.

² Serviciul județean de medicină legală Constanța, raportul medico-legal de necropsie nr. 289/A3 din 27 VIII 2012, nepublicat.

provocat căderea victimei în decubit dorsal, moment în care George D. i-a aplicat lovitura fatală în zona frunții cu un corp dur, cu muchii perpendiculare și cu suprafața cuprinsă între 4 și 16 cm². S-a precizat că actele de agresiune s-au consumat în holul locuinței, în apropierea ușii de intrare în baie.

Alcoolemia a fost explicată în rechizitor prin acțiunea celor doi inculpați, cel mai probabil după aplicarea loviturii fatale, spre a fi siguri că persoana atacată nu va mai opune rezistență. S-a motivat că dacă omorul ar fi fost comis prin împușcare de presupușii cetățeni turci, inculpații nu ar mai fi avut nici un interes de a o injecta pe victimă sau de a o face să ingereze alcool într-o cantitate atât de însemnată. S-a apreciat că exista chiar posibilitatea ca alcoolemia să-i fi fost produsă înainte de comiterea omorului pentru a fi deposedată de poșetă într-o manieră mai puțin violentă și care nu ar fi presupus suprimarea vieții persoanei.

Aceleași motivări au fost preluate în sentință³ și în decizia⁴ prin care s-a respins apelul inculpaților.

Inculpații au fost condamnați de prima instanță la detențiune pe viață pentru infracțiunea de omor și la câte 20 ani închisoare pentru infracțiunea de tâlhărie, pedeapsa rezultantă fiind detențiunea pe viață. În apel au fost reduse pedepsele pentru tâlhărie la 7 ani, din cauza intrării în vigoare a noului Cod penal și aplicării legii penale mai favorabile, dar au rămas în vigoare pedepsele rezultante privind detențiunea pe viață.

2. Erori și aspecte controversate

În opinia noastră, unele aspecte invocate în actele judiciare sunt eronate, altele neplauzibile sau incerte.

Este discutabil mobilul comiterii faptei, deoarece fratele victimei putea afla că nu are sume mari de bani asupra ei, ori avea posibilitatea să înscezeze furtul casetei cu bani de la domiciliul mamei sale.

Pe de altă parte inculpații nu puteau concepe comiterea unei tâlhării, deoarece ambii erau cunoscuți de victimă și riscau să fie denunțați imediat după aceea. Infracțiunile de tâlhărie se comit de regulă de către persoane care mizează pe faptul că nu vor fi cunoscute de partea vătămată, pentru a nu fi reclamate și identificate. Dacă mobilul îl constituia tâlhăria, inculpații ar fi trebuit să ia și bijuteriile găsite ulterior asupra victimei. Pe de altă parte, nu rezultă că inculpații erau sub influența alcoolului ori a substanțelor halucinogene, care ar fi determinat acțiuni imprudente și fără logică.

Nu este plauzibilă nici susținerea că inculpații au determinat-o pe victimă să ingereze o cantitate mare de alcool pentru a fi deposedată de poșetă într-o manieră mai puțin violentă, ori că au injectat-o cu alcool. Ingerarea cantității mari de alcool era imposibilă, neexistând indicii că Lara ar fi avut înclinații spre consumul de alcool. Pe de altă parte, injectarea cu alcool nu ar fi fost posibilă în timpul vieții și nici eficientă, deoarece absorbtia

³ Tribunalul Constanța, sentința penală nr. 172 din 18 aprilie 2013, nepublicată.

⁴ Curtea de Apel Constanța, decizia penală nr. 416 din 12 iunie 2014, nepublicată.

alcoolului este lentă, cu un procent de 0,10-0,15 gr. %o pe oră. În realitate, concentrația de 2,60 la %0 este generată de fenomenul putrefacției accentuate, în perioada de o lună în care cadavrul a fost ambalat etanș, în sezonul de vară, într-o zonă cu temperaturi ridicate. Sub acest aspect trebuie să se ia în considerare și faptul că pentru efectuarea alcoolemiei a fost recoltat lichid din cavitatea pleurală, unde putrefacția avea efecte maxime.

Nu este plauzibilă modalitatea în care este descrisă comiterea omorului. Dacă inculpații intenționau doar să intre în posesia poșetei victimei ori a bunurilor din ea puteau înscena sustragerea acesteia în alt loc decât în apartamentul în care se găseau numai ei trei. Dacă erau decși să o ucidă nu era necesar să tragă de poșetă pentru a rupe baretele, având posibilitatea să o ia după moartea persoanei vizate. În acest caz îi puteau aplica lovituri cu obiectul contondent în zona posterioară a capului, pentru a nu avea reacții de autoapărare, așa cum se întâmplă de obicei între persoanele care se cunosc.

Este puțin plauzibil ca o singură lovitură în zona ochiului stâng să îi fi produs căderea și anihilarea oricărei reacții de apărare, deoarece nu se consemnează nici o leziune în zona cefalică, unde trebuiau să existe urme ale căderii.

Este cert faptul că leziunea craniană nu a fost cauzată în timp ce victima era întinsă pe pardoseala holului, deoarece în acest caz urmele de sânge nu ar fi ajuns la înălțime mare și pe suprafață mare. Sub acest aspect este concludent faptul că au fost găsite mai multe urme de sânge la înălțimi de 220 cm., 185 cm., 140 cm., 133 cm. și 65 cm., față de podea. Sângele putea ajunge la aceste înălțimi numai dacă leziunea ar fi fost cauzată în timp ce victima era în picioare. În acest sens pledează și faptul că urmele de sânge erau dispersate pe o suprafață mare a holului, inclusiv pe partea superioară a unei sacoșe din material plastic aflată pe un scaun amplasat lângă mașina de cusut situată între ușile debaralei și a băii. Deasupra scaunului respectiv, la înălțime de 95 cm de podea a fost identificat alt strop de sânge de formă alungită, de cca. 2 mm. Totodată, aplicarea unei lovituri atât de puternice ar fi determinat apariția unui infiltrat sangvin pe zona de sprijin a cutiei craniene, în regiunea occipitală.

Există argumente că leziunea craniană nu a fost cauzată prin lovire cu obiectul contondent descris de organele judiciare. Prima eroare a constat în descrierea mecanismului de producere a leziunii și a dimensiunii obiectului contondent în procesul verbal de cercetare a locului unde a fost găsit cadavrul. Această antepunțare putea influența acuratețea efectuării necropsiei, pornindu-se de la ideile preconceptuate și de la luarea în considerare a unei singure versiuni.

Un alt argument îl reprezintă faptul că în cazul utilizării obiectelor contondente se aplică prima lovitură în vertex ori în zonele posterioare ale craniului, situație posibilă în acest caz deoarece victima avea înălțimea de numai 1,68 cm. Aplicarea unei lovituri atât de puternice în frunte era imposibilă, din cauza spațiului redus. Pe de altă parte, folosirea obiectelor contondente se asociază cu aplicarea de lovituri multiple, nefiind cert faptul că o singură lovitură este suficientă pentru provocarea decesului. Trebuie să se ia în considerare faptul că inculpații nu se puteau limita la aducerea victimei în stare de inconștiență, deoarece erau cunoscuți de aceasta și riscau să fie denunțați.

Leziunea este profundă, extinzându-se până în zona cefalică, cu aspecte distructive

specifice acțiunii cu mijloace de natură balistică, inclusiv prin lipsa unei porțiuni din substanța osoasă. În fotografiile de detaliu de la necropsie se observă colorația deosebită pe o parte a leziunii, care ar putea fi determinată de acțiunea gazelor de la arma corp delict.

Este posibil să se fi utilizat armă cu glonț, care să nu fie găsit din cauza putrefacției avansate a creierului, care era sub forma unei paste, nemaiputând fi secționat după metodologia clasică. În acest sens pledează și faptul că nu s-a consemnat găsirea fragmentului de os de cca. 3/2 cm., despre care s-a afirmat că este înfundat în cutia craniană.

Există cazuri în care glonțul a ricoșat spre coloana vertebrală. Un caz celebru în acest sens îl reprezintă asasinarea primului ministru Barbu Catargiu, care a fost ucis cu un singur glonț, în timp ce se deplasa pe Dealul Mitropoliei, în trăsură cu Nicolae Bibescu, șeful poliției. Avea o rană adâncă în ceafă, la nivelul vertebrei cervicale, deoarece glonțul a lovit coloana și a rupt-o, ricoșând apoi spre interiorul acesteia⁵.

Dacă s-a utilizat o armă atipică, de genul unui pistol de asomare a animalelor mari, zgomotul a fost redus, nefiind auzit de locatarii din apartamentele vecine.

Aspectele distructive majore din zona frunții puteau determina hemoragiile subconjunctivale în unghiul intern al ochiului stâng.

Concluzii

În investigarea acestei infracțiuni au fost comise câteva erori de natură criminalistică și medico-legală. Prima eroare constă în consemnarea în procesul verbal de cercetare a locului faptei a mecanismului producerii leziunii, deși cadavrul nu fusese încă examinat, întrucât ambalajul a fost înlăturat numai la morgă. Și în faza finală a urmăririi penale trebuiau să existe incertitudini în acest sens din cauza leziunii atipice.

A doua eroare constă în faptul că nu a fost verificată versiunea prezentată de inculpați, prin prelevarea de țesut din zona pergamentată, pentru a se stabili dacă existau urme specifice factorilor suplimentari specifici împușcării. S-a omis și descrierea amănunțită a zonelor și a modalităților în care a fost căutat un eventual proiectil.

Mobilul faptei este prezentat în mod neplauzibil, deoarece nu exista posibilitatea conceperii infracțiunii de tâlhărie de către frate, corelat și cu faptul că acesta știa că nu are în poșetă sume mari de bani sau obiecte de valoare.

Era eronată solicitarea de determinare a alcoolemiei din substanța prelevată din zona toracică a cadavrului, fiind de notorietate faptul că putrefacția avansată determină reacții asemănătoare consumului de alcool.

Referirile la faptul că a fost forțată să consume băuturi alcoolice pentru a fi depozitată mai ușor de poșetă nu au fundamentare probatorie sau logică, deoarece nu era consumatoare de alcool și nici nu prezenta urme specifice imobilizării și introducerii unei substanțe în cavitatea bucală.

Injectarea cu alcool în timpul vieții este și mai neplauzibilă, pentru că presupunea

⁵ O. Buda, *Un asasinat politic controversat: Barbu Catargiu. Aspecte medico-legale*, comunicare la Conferința de medicină legală, 1 iulie 2015.

existența leziunilor de imobilizare pe perioada îndelungată a absorbției alcoolului în sânge, iar în locul injectării trebuia să existe infiltrat de sânge. Injectarea după deces nu avea logică și nu determina nici un efect, deoarece nu se realizează absorbția sângelui.

Ultrajul judiciar. Elemente de drept material și procesual penal

Assault on representatives of the judicial authorities. Elements of substantive and procedural law

Conf. univ. dr. **Adrian FANU-MOCA***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The present study analyzes some elements of the criminal offense of assault on representatives of the judicial authorities, newly introduced in the Romanian legal landscape, both from the point of view of the substantive criminal law and the criminal procedural law, referring to the issue of the jurisdiction of this offense.

Keywords: *assault of a public official; assault on representatives of the judicial authorities; judge; prosecutor; lawyer; family member; subject matter.*

Rezumat

Prezentul studiu analizează câteva elemente ale infracțiunii de ultraj judiciar, nou introdusă în peisajul juridic românesc, atât din perspectiva dreptului penal material, cât și a celui procesual penal, cu referire specială asupra problemei competenței materiale de judecată a acestei infracțiuni.

Cuvinte-cheie: *ultraj; ultraj judiciar; judecător; procuror; avocat; membru de familie; competență materială.*

1. Preliminarii

Infracțiunea de ultraj judiciar a fost introdusă în peisajul juridic românesc prin Codul penal din 2009, adoptat prin Legea nr. 286/2009¹, care a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014², fiind reglementată de art. de art. 279³.

* adrian.fanu@e-uvt.ro

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009.

² Potrivit art. 246 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul oficial, partea I, nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

³ Art. 279 C.pen. dispune: „(1) Amenințarea, lovirea sau alte violențe, vătămarea corporală, lovirea sau

Justificarea incriminării distincte a infracțiunii de ultraj judiciar⁴ este explicată în Expunerea de motive⁵ a noului Cod penal astfel: „Infracțiunea de ultraj judiciar reprezintă o formă agravată a infracțiunii de ultraj⁶ și urmărește protejarea persoanelor cu atribuții judiciare importante în realizarea actului de justiție împotriva manifestărilor de violență psihică sau fizică pe durata exercitării acestor atribuții. Justificarea incriminării distincte a infracțiunii de ultraj judiciar față de infracțiunea de ultraj constă în aceea că, prin voința legii, judecătorul, procurorul sau avocatul au atribuțiile judiciare cele mai importante, iar de modul de îndeplinire a acestora depinde decisiv buna desfășurare a cursului unui proces și rezultatul acestuia, astfel că asigurarea unei protecții sporite împotriva oricărei forme de violență exercitată asupra lor este, din această perspectivă, justificată⁷”.

Textul art. 279 C.pen. a reglementat infracțiunea de ultraj prin două variante tip în alin. (1) și (2). Alin. (3) reprezintă o variantă asimilată a alin. (2), referindu-se în mod expres la faptele comise în aceleași condiții, dacă privesc un membru de familie al procurorului sau judecătorului, iar alin. (4) se referă la oricare dintre cele 3 alineate precedente⁸.

Infracțiunea de ultraj judiciar nu are reglementată o pedeapsă proprie, legiuitorul, utilizând tehnica normelor de trimitere, a prevăzut în cadrul alin. (1) și (2) ale art. 279 C.pen. că ea „se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune, ale

vătămirile cauzatoare de moarte ori omorul, săvârșite împotriva unui judecător sau procuror aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune, ale cărei limite speciale se majorează cu jumătate. (2) Săvârșirea unei infracțiuni împotriva unui judecător sau procuror ori împotriva bunurilor acestuia, în scop de intimidare sau de răzbunare, în legătură cu exercitarea atribuțiilor de serviciu, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune, ale cărei limite speciale se majorează cu jumătate. (3) Cu aceeași pedeapsă se sancționează faptele comise în condițiile alin. (2), dacă privesc un membru de familie al judecătorului sau al procurorului. (4) Dispozițiile alin. (1)-(3) se aplică în mod corespunzător și faptelor comise împotriva unui avocat în legătură cu exercitarea profesiei.”

⁴ Cuvântul „ultraj” provine din franțuzescul „outrage”, care înseamnă „afront sau injurie gravă”. Atașarea pe lângă substantivul „ultraj” a adjectivului „judiciar” (cu sensul de „care ține de justiție, privitor la justiție”) îl particularizează pe acesta, prin referire la persoana care este vizată și care este una dintre persoanele implicate în mod nemijlocit într-un demers judiciar – judecător, procuror sau avocat.

⁵ Publicată pe site-ul Camerei Deputaților – <http://www.cdep.ro/proiecte/2011/100/00/0/em100.pdf>.

⁶ Infracțiunea de ultraj este incriminată în art. 257 C.pen., care dispune: „(1) Amenințarea săvârșită nemijlocit sau prin mijloace de comunicare directă, lovirea sau alte violențe, vătămarea corporală, lovirile sau vătămirile cauzatoare de moarte ori omorul săvârșite împotriva unui funcționar public care îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu sau în legătură cu exercitarea acestor atribuții, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune, ale cărei limite speciale se majorează cu o treime. (2) Săvârșirea unei infracțiuni împotriva unui funcționar public care îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat ori asupra bunurilor acestuia, în scop de intimidare sau de răzbunare, în legătură cu exercitarea atribuțiilor de serviciu, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune, ale cărei limite speciale se majorează cu o treime. (3) Cu aceeași pedeapsă se sancționează faptele comise în condițiile alin. (2), dacă privesc un membru de familie al funcționarului public. (4) Faptele prevăzute în alin. (1)-(3), comise asupra unui polițist sau jandarm, aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu sau în legătură cu exercitarea acestor atribuții, se sancționează cu pedeapsa prevăzută de lege pentru acea infracțiune, ale cărei limite se majorează cu jumătate”.

⁷ Infracțiunea de ultraj judiciar își găsește izvorul în Codul penal italian, unde această distincție este, de asemenea, întâlnită în art. 341 și art. 343.

⁸ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială II. Curs tematic*, Editura C.H. Beck, București, 2018, p. 148.

cărei limite speciale se majorează cu jumătate”⁹.

2. Elemente de drept penal material

Infrațiunea de ultraj judiciar, fiind o infrațiune complexă, are un obiect juridic principal, generat de sfera relațiilor sociale ocrotite de legiuitor prin infrațiunea absorbantă și, respectiv, unul secundar, împrumutat de la infrațiunea absorbită. Astfel, obiectul juridic principal, dat de încadrarea infrațiunii în Titlul IV al Părții speciale a Codului penal, este reprezentat de relațiile sociale privind înfăptuirea justiției, în vreme ce obiectului juridic secundar, în cazul alin. (1), este reprezentat de relațiile sociale vizând protecția libertății psihice, integrității fizice și psihice, sănătății și vieții persoanei¹⁰.

În ceea ce privește variantele incriminate de alin. (2) și (3), obiectul juridic secundar se va determina în funcție de infrațiunea săvârșită „în scop de intimidare sau de răzbunare”, de la care va împrumuta obiectul juridic secundar, el putând fi reprezentat, în mod particular, așa cum rezultă din simpla lectură a textelor de incriminare, de relațiile sociale referitoare la patrimoniu¹¹.

În ceea ce privește varianta de la alin. (4), având în vedere că vizează valorile sociale protejuate de precedentele trei alineate, singura deosebire fiind dată de subiectul pasiv special – avocatul, respectiv, membrii familiei acestuia, obiectul juridic secundar se va stabili după distincțiile mai sus făcute.

Așa cum lesne se poate observa, infrațiunea de ultraj judiciar reprezintă o formă agravată a infrațiunii de ultraj și urmărește protejarea persoanelor cu atribuții judiciare importante în realizarea actului de justiție împotriva manifestărilor de violență psihică sau fizică pe durata exercitării acestor atribuții, elementul circumstanțial agravant constând în calitatea victimei, respectiv, judecător, procuror sau avocat¹².

Infrațiunea de ultraj judiciar nu are un obiect material principal, însă având în vedere caracterul complex al infrațiunii, ea va putea avea obiect material secundar dat de infrațiunea absorbită. Astfel, în ceea ce privește fapta incriminată la alin. (1), atunci când ea este săvârșită prin amenințare nu va avea obiect material secundar, însă în cazul în care este săvârșită prin lovire sau alte violențe, vătămare corporală, loviri sau vătămări cauzatoare de moarte ori omor, obiectul material secundar va fi reprezentat de corpul victimei – judecător, procuror, avocat sau un membru de familie al acestuia¹³.

În ceea ce privește variantele de la alin. (2) și (3), așa cum am arătat și mai sus, obiectul material secundar va fi împrumutat de la infrațiunea săvârșită, putând fi, în mod particular, un bun din patrimoniul victimei, iar, în ceea ce privește fapta incriminată la alin. (4), vor trebui preluate *mutatis mutandis* distincțiile anterior făcute.

⁹ A se vedea și S. Bogdan, D.A. Șerban, *Drept penal. Partea specială. Infrațiuni contra persoanei și contra înfăptuirii justiției*, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 361.

¹⁰ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 142-143.

¹¹ T. Toader, M. Safta, *Infrațiuni contra înfăptuirii justiției*, în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, Editura Universul Juridic, București, 2016, vol. IV, p. 128.

¹² C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.141; S. Bogdan, D.A. Șerban, *op. cit.*, p. 359.

¹³ T. Toader, M. Safta, *op. cit.*, p. 128; C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.143.

Subiectul activ nu este circumstanțiat de legiuitor, putând fi, astfel, orice persoană fizică, fiind însă greu de imaginat că o persoană juridică ar putea fi condamnată în calitate de autor al acestei infracțiuni¹⁴.

Participația penală este posibilă în toate formele - coautorat, instigare, complicitate.

În ceea ce privește *subiectul pasiv*, având în vedere caracterul de infracțiune complexă a ultrajului judiciar, aceasta va cunoaște un subiect pasiv principal și, respectiv, unul secundar. Astfel, subiectul pasiv principal este statul ca titular al atribuției constituționale de îndeplinire a justiției.

Subiectul pasiv secundar al infracțiunii este identic cu subiectul pasiv al infracțiunii absorbite. În varianta tip, acesta este un judecător sau procuror aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu. În doctrina¹⁵ a fost analizată și ipoteza schimbării calității subiectului pasiv secundar anterior sau ulterior săvârșirii infracțiunii, concluzionându-se că „păstrează această calitate și magistrații pensionați ori persoana care a devenit judecător după ce anterior a fost procuror și viceversa, dacă infracțiunea este comisă în legătură cu exercitarea atribuțiilor vechii profesii”.

În cazul variantei incriminate de alin. (3) este reglementată o altă categorie de subiecți pasivi secundari, cea de membru de familie al judecătorului sau procurorului, în sensul consacrat de art. 177 C.pen.

În varianta de la alin.(4), este reglementată, de asemenea, o altă categorie specială de subiecți pasivi - avocații. Având în vedere tehnica legislativă utilizată în redactarea acestui alineat, această variantă raportându-se la oricare dintre cele trei alineate anterioare, rezultă că și membrul de familie al avocatului poate fi subiect pasiv secundar al infracțiunii de ultraj judiciar, în cazul săvârșirii faptei în contextul dispozițiilor alin. (2).

Este cel puțin criticabilă tehnica legislativă utilizată în redactarea alin. (4), care poziționează avocatul într-o categorie distinctă de subiecți pasivi secundari, deși textul face trimitere la toate cele trei variante anterioare ale infracțiunii. Credem că, în acest context, ar fi fost mai potrivită includerea avocatului în categoria subiecților pasivi secundari la alin. (1) – (3) și nu menționarea sa distinctă într-un alineat final. Probabil că a fost avută în vedere calitatea avocatului de „auxiliar al justiției” și nu de actant principal (instituțional) al acesteia!

Luând în considerare caracterul infracțiunilor absorbite, pluralitatea de subiecți pasivi secundari atrage reținerea unui concurs de infracțiuni, cu excepția situației în care fapta este săvârșită prin comiterea unui omor, fiind înțeles faptul că textul se referă, deopotrivă, la omorul simplu și la omorul calificat, când pluralitatea de victime va atrage încadrarea la infracțiunea de ultraj judiciar raportată la omor calificat¹⁶.

Elementul material al ultrajului judiciar constă în acțiunile caracteristice elementului material al fiecăreia din infracțiunile absorbite și anume: amenințarea, lovirea sau alte violențe, vătămarea corporală, lovirile sau vătămările cauzatoare de moarte, uciderea.

¹⁴ În doctrina a fost dat un exemplu pur teoretic în acest sens în care „persoana juridică, printr-o decizie luată într-o ședință a organelor de conducere, ar decide să amplaseze substanțe explozibile la sediul ei înaintea sosirii unui magistrat venit să efectueze o cercetare la fața locului, în vederea uciderii acestuia”. C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.143.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.144.

În cazul în care sunt realizate mai multe modalități ale elementului material, în aceeași împrejurare, se va reține o singură infracțiune de ultraj judiciar, pedeapsa urmând a fi stabilită în funcție de pedeapsa pentru infracțiunea cea mai gravă la care se raportează ultrajul judiciar¹⁷.

În cazul variantei de la alin. (1), textul de incriminare impune o *cerința esențială atașată elementului material* reprezentată de împrejurarea ca fapta să se săvârșească împotriva unui judecător sau procuror aflat în exercitarea atribuțiilor de serviciu.

Pornind de la aceasta, în doctrină a fost realizată o critică a textului de incriminare care, impunând această limitare, „exclue din tipicitatea faptei situația în care fapta a fost comisă față de un magistrat în legătură cu îndeplinirea atribuțiilor de serviciu, fără ca acesta să se afle în exercitarea atribuțiilor de serviciu la momentul comiterii faptei, atunci când fapta nu a fost comisă din răzbunare sau în scopul intimidării. Dată fiind această lacună s-a reținut că într-o atare situație am putea reține infracțiunea de ultraj (în cazul magistratului, avocatul neputând fi calificat ca funcționar public care exercită autoritatea de stat)”¹⁸.

Cerința esențială este, însă, îndeplinită ori de câte ori subiectul pasiv secundar se află în exercitarea unor asemenea atribuții, indiferent dacă fapta are sau nu legătură cu acestea. În cazul alin. (2) și (3), fapta trebuie să fie comisă în legătură cu îndeplinirea atribuțiilor de serviciu. Toate aceste cerințe sunt valabile și în cazul avocatului, potrivit alin. (4), fiind însă necesar ca subiectul pasiv secundar să nu-și încalce atribuțiile legale, să nu le depășească sau să le exercite abuziv. Într-o astfel de situație, nemaibeneficiind de protecția specială instaurată prin art. 279 C.pen., se va putea reține doar infracțiunea absorbită¹⁹.

În cazul variantei de la alin. (2), elementul material coincide, de asemenea, cu cel al infracțiunii absorbite, care este săvârșită în scop de intimidare sau de răzbunare, putând fi avute în vedere inclusiv faptele menționate în alin. (2), dacă ele sunt săvârșite într-un astfel de scop, indiferent dacă infracțiunea este una simplă sau una complexă²⁰.

Urmarea imediată este determinată după regulile inerente infracțiunii complexe, fapta având o urmare imediată principală, constând în starea de pericol creată pentru îndeplinirea justiției, precum și o urmare imediată secundară constând în atingerea adusă valorilor sociale ocrotite pe calea incriminării infracțiunilor absorbite, respectiv, libertății psihice, integrității corporale, sănătății sau vieții, atribute fundamentale ale persoanei²¹.

Legătura de cauzalitate între elementul material și urmarea imediată principală rezultă din materialitatea faptei. În cazul în care elementul material se realizează prin vătămare corporală, loviri sau vătămări cauzatoare de moarte ori omor, după regulile infracțiunilor absorbite, trebuie stabilită și legătura de cauzalitate cu urmarea imediată secundară. Aceeași este situația și în cazul alineatelor (2) și (3)²².

În ceea ce privește *latura subiectivă*, așa cum s-a susținut în doctrină²³, fapta se comite cu forma de vinovăție specifică faptei absorbite, respectiv, intenția directă, indirectă sau

¹⁷ Idem, p. 145.

¹⁸ S. Bogdan, D. A. Șerban, *op. cit.*, p. 360.

¹⁹ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.146.

²⁰ Ibidem.

²¹ T. Toader, M. Safta, *op. cit.*, p. 129.

²² C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.146-147.

²³ S. Bogdan, D. A. Șerban, *op. cit.*, p. 361.

praeterintenția. Pentru reținerea infracțiunii de ultraj judiciar trebuie ca făptuitorul să cunoască aspectul că subiectul pasiv este un judecător, procuror ori avocat, cât și aspectul că acesta se află în exercitarea atribuțiilor de serviciu.

Cu privire la varianta de la alin. (2) s-a pus problema dacă mențiunea din textul de incriminare vizând comiterea faptei „în scop de intimidare sau de răzbunare” nu ar putea conduce la ideea comiterii faptei doar cu intenție directă calificată prin scop. Răspunsul a fost negativ, argumentându-se că „scopul” la care se referă legiuitorul nu califică intenția, ci reprezintă mobilul săvârșirii faptei²⁴. S-a apreciat, de asemenea, că „existența scopului în conținutul normei de incriminare exclude posibilitatea comiterii faptei din culpă, însă nu este incompatibilă cu săvârșirea faptei cu praeterintenție”²⁵.

Natura juridică de infracțiune complexă prin absorbție a ultrajului judiciar antrenează consecințe și în ceea ce privește regimul juridic al tentativei. Astfel, așa cum a arătat doctrina²⁶, în mod firesc, textul de incriminare nu menționează faptul că tentativa la infracțiunea de ultraj judiciar se sancționează. Aceasta presupune faptul că, în cazul comiterii unei tentative la infracțiunea absorbită, încadrarea juridică ce va trebui reținută este aceea de ultraj judiciar (în formă consumată) raportat la tentativa la infracțiunea respectivă. Astfel, „în nicio situație nu se va reține tentativa la ultraj judiciar, întrucât atingerea adusă obiectului juridic principal se realizează deja, chiar și printr-o tentativă la infracțiunea absorbită”.

3. Elemente de drept procesual penal

Acțiunea penală pentru infracțiunea de ultraj judiciar se pune în mișcare din oficiu²⁷, indiferent de modalitatea de sesizare incidentă în cazul infracțiunii absorbite, avându-se în vedere faptul că subiectul pasiv principal este statul, astfel încât nu se poate vorbi de o plângere prealabilă a persoanei vătămate.

Urmărirea penală se efectuează în mod obligatoriu de către procuror, așa cum prevăd dispozițiile art. 56 alin. (3) lit. b) C.proc.pen., doctrina apreciind că, în ceea ce privește judecata, aceasta se desfășoară potrivit regulilor comune de competență, prin raportare la infracțiunea absorbită²⁸.

În ceea ce privește instanța competentă să judece cauza în primă instanță, deși firesc ar fi ca aceasta să fie instanța competentă să judece cauza având ca obiect infracțiunea absorbită, având în vedere dispozițiile art. 36 C.proc.pen. și regula care funcționează în materie de competență, conform căreia aceasta este de strictă interpretare, ne manifestăm rezerve față de această soluție.

Astfel, art. 36 alin. (1) lit. a) C.proc.pen.²⁹ enumeră limitativ textele de incriminare referitoare la infracțiunile care sunt judecate în primă instanță de către tribunal, între care

²⁴ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.147.

²⁵ M. Udriou, *Drept penal. Partea specială*, Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 411.

²⁶ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.147.

²⁷ T. Toader, M. Safta, *op. cit.*, p. 131.

²⁸ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.149.

²⁹ Art. 36 alin. (1) lit. a) și b) C.proc. pen. prevăd: „(1) Tribunalul judecă în primă instanță: a) infracțiunile prevăzute de Codul penal la art. 188-191, art. 209-211, art. 254, 256, 263, 282, art. 289-294, art. 303, 304, 306, 307, 309, 345, 346, 354 și art. 360-367; b) infracțiunile săvârșite cu intenție depășită care au avut ca urmare moartea unei persoane”.

nu se regăsește și cel al art. 279 C.pen., iar lit. b) a aceluiași articol menționează că tribunalul judecă și „infracțiunile săvârșite cu intenție depășită care au avut ca urmare moartea unei persoane”. Prin urmare, tribunalele judecă infracțiunile strict enumerate de legiuitor la litera a) a textului antecitat și infracțiunile săvârșite cu intenție depășită ce au avut ca rezultat moartea victimei, sens în care ar reveni în competența acestei instanțe doar ultrajul judiciar comis prin loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, care se încadrează în categoria infracțiunilor prevăzute de art. 36 alin. (1) lit. b) C.proc.pen..

Deși pare o scăpare a legiuitorului, tehnica legislativă utilizată prin enumerarea limitativă a infracțiunilor la lit. a) și, respectiv, prin menționarea generică a infracțiunilor comise cu praeterintenție care au avut ca rezultat moartea unei persoane la lit. b), precum și caracterul de incriminare autonomă, specială, cu denumire marginală proprie a infracțiunii de ultraj judiciar, ne îndeamnă, luând în calcul regulile stricte de reglementare a competenței materiale și personale, să apreciem, *de lege lata*, că doar ultrajul comis în forma infracțiunii praeterintenționate incriminare de art. 195 C.pen. este de competența tribunalului.

În aceeași situația se află și infracțiunea de ultraj judiciar reglementată de art. 257 C.pen., unde legiuitorul a utilizat aceeași tehnică legislativă, spre deosebire de infracțiunea de violență în familie reglementată de art. 199 alin. (1) C.pen., unde legiuitorul a prevăzut *expressis verbis* numărul articolelor în care sunt incriminate infracțiunile absorbite dispunând: „Dacă faptele prevăzute în art. 188, art. 189 și art. 193-195 sunt săvârșite asupra unui membru de familie, maximul special al pedepsei prevăzute de lege se majorează cu o pătrime”.

În doctrină³⁰ s-a statuat că „nu există nicio contradicție între caracterul ultrajului judiciar de a fi atât infracțiune complexă, cât și agravantă a altor infracțiuni”, literatura de specialitate apreciind că „la stabilirea competenței trebuie să ținem seama de competența pentru varianta tip a infracțiunii comise în concret împotriva unui astfel de subiect calificat, neexistând o competență stabilită de lege pentru ultrajul judiciar în general”³¹.

În contra acestei susțineri poate fi adus, însă, un argument de text normativ, art. 56 alin. (3) lit. b) C.proc.pen. menționând *expressis verbis* în lista infracțiunilor pentru care urmărirea penală se efectuează în mod obligatoriu, de către procuror și art. 279 C.pen., astfel că, în lipsa aceleiași mențiuni la art. 36 C.proc.pen., regulile de competență aplicabile sunt cele generale, ultrajul judiciar fiind astfel judecat în majoritatea cazurilor de către judecătoria.

O problemă serioasă în acest sens o pune ultrajul judiciar comis prin omor sau omor calificat, în această materie vechiul Cod de procedură penală fiind mult mai clar, prevăzând în art. 27 alin. (1) lit. b) C.proc.pen. de la 1969 că intră în competența de primă instanță a tribunalului și „infracțiunile săvârșite cu intenție, care au avut ca urmare moartea sau sinuciderea victimei”.

4. Concluzii și propuneri de lege ferenda

Infracțiunea de ultraj judiciar reglementată de art. 279 C.pen. este, deopotrivă, o infracțiune complexă și o agravantă a altor infracțiuni. Această particularitate antrenează, așa cum am arătat mai sus, consecințe atât în ceea ce privește obiectul juridic și cel material al infracțiunii

³⁰ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p.148, nota 1.

³¹ A. Șinc, *Probleme controversate privind dispozițiile art. 279 din Codul penal* (www.juridice.ro)

nii, cât și cu privire la acțiunile elementului material și, respectiv, la regimul juridic al tentativei.

De lege ferenda, pe tărâm procesual penal, pentru a fi curmate discuțiile în materia competenței, mai ales că este vorba despre competența materială de judecată a unei infracțiuni grave, apreciem că legiuitorul ar trebui să prevadă în lista infracțiunilor de la lit. a) a art. 36 alin. (1) C.proc.pen. și infracțiunea incriminată de art. 279 C.pen.

Principiul legalității: de la *lex scripta* la *lex certa*

Principle of Legality: From *Lex Scripta* to *Lex Certa*

Lect. univ. dr. **Laura STĂNILĂ***
Universitatea De Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The principle of legality has often been stated, but quite rarely explained in its specific nuances, being perceived exclusively as a fundamental rule of criminal law which is evident and true by itself. The two components of the principle expressed by the Latin adagiums „nullum crimen sine lege” and “nulla poena sine lege” tend to be reformed in the light of contemporary standards in the matter of lawmaking process and enforcement of law in concrete situations. Due to the increasing importance of case-law in the interpretation of the rules in force on the one hand and the binding nature of supranational regulations on the other hand, even the continental system, once known for its traditionalism, formalism and rigidity, appears to be more flexible and more responsive to the creative effect of interpretation. The consequence of this contemporary trend is that the fundamental principles of law themselves undergo mutations, and the principle of legality has gained a wider and deeper meaning than 100 years ago.

Keywords: *the principle of legality; ECtHR case-law; legal acculturation; restrictive interpretation; lex certa; lex praevia; lex stricta;*

Rezumat

Principiul legalității a fost adesea enunțat, dar destul de rar explicat în nuanțele sale specifice, fiind perceput exclusiv ca o regulă fundamentală a dreptului penal care este evidentă și adevărată prin sine însăși. Cele două componente ale principiului exprimate prin adagiile latine „nullum crimen sine lege” și „nulla poena sine lege” tind să fie reformate în lumina standardelor contemporane în materia legiferării și a aplicării legii la situații concrete. Datorită creșterii importanței jurisprudenței în operațiunea de interpretare a normelor în vigoare pe de o parte, și a caracteristicii obligatorii a reglementărilor supranaționale, pe de altă parte, chiar și sistemul continental, cunoscut altădată pentru tradiționalismul, formalismul și rigiditatea sa, pare că devine mai flexibil și mai receptiv față de efectul creator al interpretării.

* laura.stanila@e-uvt.ro

Consecința acestei tendințe contemporane este aceea că inclusiv principiile fundamentale ale dreptului suferă mutații iar principiul legalității a dobândit un înțeles mai larg și mai profund decât acum 100 de ani.

Cuvinte-cheie: *principiul legalității, jurisprudență CEDO, aculturație juridică, interpretare restrictivă, lex certa, lex praevia, lex stricta.*

Abrevieri:

CEDO – Curtea Europeană a Drepturilor Omului

CCR – Curtea Constituțională a României

ICCJ – Înalta Curte de Casație și Justiție

CPI – Curtea Penală Internațională

SUA – Statele Unite ale Americii

I. Principiul legalității și fundamentarea sa juridică și filosofică

Principiul legalității a primit în doctrină numeroase denumiri și definiții, fiecare autor încercând să propună cea mai potrivită denumire și cele mai pertinente explicații pentru a sublinia importanța acestui principiu pentru statul de drept în general și pentru dreptul penal în special. Astfel, principiul legalității a fost descris ca „piatra de temelie a sistemelor de justiție penală din Europa”¹, „valoare fundamentală”², „drept fundamental”³, „apărare fundamentală în procesul penal”⁴, „fructul gândirii iluministe”⁵ și așa mai departe. De obicei, principiul legalității este prezentat ca „nucleul statului de drept”⁶ iar cele două componente ale sale - *nullum crimen sine lege* (nu există infracțiune în absența unei legi care să o descrie) și *nulla poena sine lege* (nu se poate aplica o pedeapsă în absența a unei legi care să o prevadă) – sunt analizate separat. De fapt, unii autori sunt de părere că, de fapt am fi în fața a două reguli sau principii distincte: legalitatea incriminării și legalitatea sancțiunii penale⁷.

Din punct de vedere filosofic, legalitatea este o componentă a domeniului normativ și, datorită acestei apartenențe, în mod necesar este și o componentă a domeniului atribuțiilor guvernamentale, legalitatea fiind definită din această perspectivă ca un sistem de

¹ Christina Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law*, Disertație pentru obținerea titlului de Doctor las Universitatea din Maastricht prezentată în public la data de 11 decembrie 2015, p. 3, disponibilă la <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/files/728007/guid-62d84558-50bc-4711-9cd2-29525c99e05c-ASSET1.0>.

² Iulia Crișan, *The principles of legality "nullum crimen, nulla poena sine lege" and their role*, în Effective Justice Solutions, Effectius Newsletter, nr. 5, 2010, p. 2.

³ Ibidem.

⁴ Beth Van Schaack, *The principle of legality in International criminal law*, în American Society of International Law, Vol. 103, Nr. 1, martie 2009, p. 101, disponibil la at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1758060>.

⁵ Francesco Caringella, Luigi Levita, *I principi del diritto penale*, Dike Giuridica Editrice, Barletta 2016, p. 5.

⁶ Cian C. Murphy, *The principle of legality in criminal law under ECHR*, European Human Rights Law Review, Vol. 2, 2010, p. 192, disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1513623>.

⁷ Iulia Crișan, *op. cit.*, p. 1.

norme și reguli de comportament care impun sau interzic acțiuni și inacțiuni umane, care sunt aplicate de către stat prin exercitarea puterilor sale în cadrul organizat al procesului judiciar, sub amenințarea utilizării sancțiunilor specifice. În acest sens exhaustiv, legalitatea ar implica și monopolul statului asupra dreptului de a folosi chiar și violența fizică⁸. Legalitatea este prezentată de Erhard, Jensen și Zaffron ca element al unui model social bazat pe integritate, care încorporează fenomene de moralitate, etică și legalitate⁹.

Fundamentat inițial pe ideea miezului moral al normei de drept, principiul legalității a căzut ulterior în prăpastia unui formalism excesiv favorizat de o interpretare restrictivă specifică dreptului penal. Perioada formalismului a fost împlânzită prin practica inițială a tribunalelor penale internaționale și mai apoi prin interpretarea creatoare a C. E. D. O., așa cum vom încerca să demonstrăm pe parcursul prezentului studiu.

În doctrina contemporană sunt tot mai mulți autori care susțin că principiul legalității s-a schimbat, cu alte cuvinte conținutul și domeniul de aplicare al acestei vechi reguli au evoluat în timp, în vreme ce instanțele au contribuit la însăși transformarea justificării sale constituționale¹⁰.

II. Noi valențe ale principiului legalității

Analizând doctrina de specialitate recentă, putem, identifica valențele mai vechi sau mai noi ale principiului legalității. Acestea sunt:

1. Internaționalizarea - aspect ce se referă la percepția și interpretarea principiului legalității în sfera dreptului penal internațional.

2. Jurisprudențializarea și europenizarea – acest aspect se referă la influența creatoare a jurisprudenței Curții de la Strasbourg în circumscrierea sensului principiului legalității și a componentelor sale.

3. Istoricitatea și specificitatea națională – aspect care se referă la modul în care principiul legalității a fost perceput și codificat în diferite sisteme de drept.

4. Constituționalizarea principiului legalității – jurisprudența Curții Constituționale și rolul său creator sau extinctiv în operațiunea de legiferare în materie penală

5. Aculturația principiului legalității – influența asupra interpretării interne a principiului legalității determinată de procesul de uniformizare legislativă și jurisprudențială înregistrat la nivel în special european, prin inserarea unor instituții și principii de interpretare specifice sistemului common-law în sistemul continental.

1. Internaționalizarea principiului legalității

Statutul Curții Penale Internaționale conține dispoziții specifice privind principiul

⁸ Werner H. Erhard, Michael C. Jensen, Steve Zaffron, *Integrity: a positive model that incorporates the normative phenomena of morality, ethics and legality*, 2009, p. 37, disponibil la <http://ssrn.com/abstract=920625>.

⁹ Idem, p. 7.

¹⁰ Brendan Lim, *The Normativity of the Principle of Legality*, 17 Melbourne University Law Review 372, disponibil la <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2013/17.html>.

legalității: *nullum crimen sine lege* - Art. 22 și *nulla poena sine lege* - Art. 23¹¹. Dar, înainte de a ajunge la acest punct, a existat o lungă dezbatere în jurisprudența internațională în materie penală între standardele morale, conduita reprobabilă, legitimitatea instanțelor internaționale, necesitatea pedepsei și limitele legale ale aplicării unei pedepse în cazul crimelor internaționale.

În dreptul penal internațional, principiul legalității este analizat în legătură cu principiul neretroactivității, principiul specificității și principiul interzicerii analogiei. Principiul neretroactivității prevede că legea care interzice sub sancțiune penală un anumit act trebuie să fi existat înainte de producerea actului în cauză, interzicând aplicarea retroactivă a legii. Principiul specificității impune ca definiția actului interzis să fie suficient de precisă pentru ca o conduită umană să poată fi sancționată penal. Interzicerea analogiei cere ca norma de incriminare să fie interpretată în mod strict. Cu toate acestea, în dreptul penal internațional, abordările sunt puțin diferite față de dreptul intern al diferitelor state sau chiar față de jurisprudența CEDO.

Doctrina a subliniat că, în dreptul penal internațional, consecința aplicării restrictive și absolute a legii penale este că unii infractori nu vor fi deferiți niciodată justiției, drept pentru care, în dreptul penal internațional, s-a permis ca „moralitatea interioară a legii” să prevaleze asupra principiului legalității¹². Acest lucru s-ar datora faptului că legea penală internațională are o componentă *cutumiară* recunoscută și analizată în doctrina de specialitate¹³. Această componentă cutumiară a avut o influență dramatică asupra deciziilor și aplicării dreptului penal internațional în cazuri specifice, cu un mare impact asupra sferei de incidență a principiului legalității. S-a spus despre dreptul penal internațional că este adesea necodificat și imprecis, lăsând judecătorului cu o largă putere de apreciere prin care să determine natura specifică a legii care trebuie aplicată faptelor cu care este sesizat, ceea ce poate pune în pericol depășirea sferei de incidență a principiului legalității¹⁴.

Așa cum s-a argumentat în doctrină, începând cu procedurile postbelice și continuând

¹¹ Statutul de la Roma al CPI adoptat la 17 iulie 1998, intrat în vigoare la 1 iulie 2002:

Art. 22 *Nullum crimen sine lege*

1. O persoană nu răspunde penal în baza prezentului statut decât dacă comportamentul său constituie, în momentul în care se produce, o crimă ce ține de competența Curții.

2. Definiția unei crime este de strictă interpretare și nu poate fi extinsă prin analogie. În caz de ambiguitate ea este interpretată în favoarea persoanei care face obiectul unei anchete, urmăriri sau condamnări.

3. Prezentul articol nu împiedică ca un comportament să fie calificat drept crimă, ținând seama de dreptul internațional, independent de prezentul statut.

Art. 23 *Nulla poena sine lege*

O persoană care a fost condamnată de Curte nu poate fi pedepsită decât în conformitate cu dispozițiile prezentului statut.

¹² Noora Arajärvi, *Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality*, *Tilburg Law Review: Journal of International and European Law*, Vol. 15, Nr. 2, p. 163-183, 2011, p. 4. Disponibil la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1968443>.

¹³ Raport al Secretarului general asupra paragrafului 2 din Rezoluția Consiliului de Securitate nr. 808 din 3 Mai 1993, paragr. 34, disponibil la <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index-t.htm>; de asemenea, a se vedea Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964, pp. 33-38; Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, p. 12.

¹⁴ *Idem*, p. 3.

cu tribunalele internaționale ad-hoc, dreptul penal internațional „nu a reușit să pună pe deplin în practică acest principiu”¹⁵.

Principiul legalității a fost „mărul discordiei” la tribunalele din Nürnberg și Tokyo. Aceste Tribunale au generat o dezbatere pe tema legitimității lor, deoarece preexistența crimei de agresiune și a crimelor împotriva umanității era îndoielnică. A existat o importantă dezbatere cu privire la preexistența unei incriminări directe (anterior anului 1945) a faptelor abominabile de război. În Hotărârea de la Nürnberg interpretarea judecătorilor a fost clar orientată și fundamentată pe standardele morale și nu prin cele legale¹⁶.

Prin Hotărârea Tribunalului Militar Internațional pentru Judecarea Criminalilor de Război din Germania s-a statuat că principiul legalității nu este obligatoriu și nu poate fi interpretat în mod strict, afirmându-se următoarele: „în primul rând, trebuie să se observe că maxima *nullum crimen sine lege* nu constituie o limitare a suveranității, ci este, în general, un principiu al justiției. A afirma că este nedrept să pedepsești pe cei care, în contradicție cu tratatele și convențiile internaționale, au atacat statele vecine fără avertizare este evident neadevărat, căci în astfel de circumstanțe, atacatorul trebuie să știe că greșește; dacă s-ar considera că este nedreaptă aplicarea unei pedepse, ar fi la fel de nedrept dacă greșelile sale ar fi permise să rămână nepedepsite. Ocupând pozițiile și funcțiile pe care le-au avut în Guvernul German, inculpații sau cel puțin unii dintre aceștia, ar fi trebuit să cunoască tratatele semnate de Germania, și să nu recurgă la război pentru soluționarea diferendelor internaționale; ei trebuie să fi știut că acționau în contradicție cu toată legile internaționale atunci când, în mod deliberat, și-au conceput planurile de invazie și agresiune. Raportat la împrejurările concrete ale cazului, se pare că maxima (*n.n. principii nullum crimen sine lege*) nu are nicio aplicație la faptele comise”¹⁷.

Doctrina a mai observat că tribunalele penale internaționale au aplicat cu îndrăzneală norme de incriminare noi la fapte comise anterior¹⁸. „Aceasta nu a însemnat o aplicare a unei doctrine interpretative răuvoitoare. Mai degrabă, aceste tribunale s-au angajat într-o reformare pe scară largă, chiar dacă neconștientă, a Legii Penale Internaționale”¹⁹ și, pe cale de consecință și a principiului legalității.

Principiul legalității este, într-o oarecare măsură, subordonat standardelor morale din dreptul internațional penal, chiar dacă a fost evocat cu obstinție cu prilejul pronunțării diferitelor hotărâri. În primele cazuri (cum ar fi Nürnberg și Tokyo), tribunalele au respins în mod repetat apărarea printr-o serie de tehnici interpretative, revendicări analitice și alegeri metodologice, argumentând că principiul legalității „pur și simplu nu se aplică în dreptul penal internațional cu aceleași forță și efect, așa cum se întâmplă în ordinea juridică internă, având în vedere diferențele dintre modalitățile în care dreptul intern și

¹⁵ Beth Van Schaack, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶ Hotărârea Tribunalului Militar Internațional pentru judecarea marilor criminali germani de război, 30 Septembrie și 1 Octombrie 1946, disponibilă la https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html.

¹⁷ Tribunalul Militar Internațional de la Nuremberg, hotărârea din 1 octombrie 1946, în *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, Partea 22 (De la 22 August 1946 până la 1 Octombrie 1946), text în limba engleză, p. 52, https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgment.pdf.

¹⁸ Beth van Schaack, *op. cit.*, p. 101.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 101-102.

dreptul internațional incriminează comportamentul²⁰. Alte argumente privind subsidiaritatea principiului legalității au fost următoarele: "unele infracțiuni internaționale au existat în primul rând în dreptul cutumiar, care nu se subsumează unui principiu robust al legalității; Există prevederi generatoare (de exemplu, „alte acte inumane”) care constituie delegări pentru judecători în vederea angajării lor într-o interpretare creativă, judiciară și normativă în limitele *ejusdem generis*²¹. Ca urmare a acestei indeterminări persistente în dreptul penal internațional, judecătorii au întreprins o interpretare judiciară mai activă, făcând apel la improvizatie și inovație²².

În concluzie, dacă în legislația națională și în jurisprudența CEDO principiul legalității este un principiu puternic și stabil, fiind subiectul unei interpretări continue și din ce în ce mai largi, principiul legalității în dreptul penal internațional era privit ca un principiu flexibil al justiției subsumat unor standarde morale și retributive. Doctrina a afirmat că „Tribunalele au echilibrat argumentarea minimalizând corectitudinea față de un acuzat față de alte obiective ale demersului judiciar: condamnarea actelor brutale, asigurarea responsabilității individuale, satisfacerea și reabilitarea victimelor, păstrarea ordinii mondiale și descurajarea unor acte similare²³.

Din acest punct de vedere, nu se consideră a fi un tratament inechitabil dacă un învinuit răspunde penal în conformitate cu o dispoziție penală internațională de incriminare care a intrat în vigoare după ce comportamentul a avut loc și care nu ar fi putut fi anticipată. Explicația acestei interpretări este că un comportament individual specific a afectat grav drepturile și interesele legitime ale altor persoane (comportamentul este calificat ca *malum in sine*) și trebuie pedepsit, chiar dacă dispozițiile legale internaționale sunt insuficiente sau nedezvoltate. „Imputarea faptei nu este negată atunci când o persoană este sancționată în lipsa unei legi pozitive în aceste circumstanțe²⁴.

O nouă eră a început odată cu intrarea în vigoare a Statutului de la Roma, tradiția dreptului penal internațional de aplicare directă a dreptului cutumiar, prin fundamentarea acesteia pe jurisprudența pertinentă și practica relevantă a Statului a fost înlocuită cu o abordare a principiului legalității în forma sa cea mai extinsă, fundamentată pe ideea de lege²⁵. Statutul de la Roma codifică dreptul cutumiar aplicabil într-o serie de definiții statutare (art. 6-8 din Statutul de la Roma) și exclude aplicarea retroactivă a acestora (art. 11 și art. 24 din Statutul de la Roma). De asemenea, statutul de la Roma interzice în mod explicit judecătorilor să aplice legea prin analogie în detrimentul acuzatului și impune ca ambiguitățile

²⁰ Ibidem, p. 102

²¹ Sintagma *ejusdem generis* se traduce prin expresia "de același tip" și se referă la interpretarea verbală a unei incriminări în care este prevăzută o enumerare de situații cu titlu exemplificativ. Regula *ejusdem generis* stabilește ca și condiție de interpretare pentru aplicarea normei și la alte situații, ca acestea să aibă un caracter similar cu cele exemplificate de normă. Instanțele pot astfel să aplice norma de incriminare la situații de același tip în baza unui proces logic ce presupune analogia. A se vedea Gabriel Hallevey, *A modern treatise on the principle of legality in criminal law*, Springer, 2010, Heidelberg, p. 156.

²² Beth van Schaack, *op. cit.*, p. 102.

²³ Ibidem, p. 102.

²⁴ Beth van Schaack, *op. cit.*, p. 103.

²⁵ Claus Kreß, *Nulla poena nullum crimen sine lege*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, p. 5.

legii să fie interpretate în favoarea acuzatului (art. 22 alin. (2) din Statutul de la Roma). Aceste imperative au fost evidențiate de către Curtea Penală Internațională în cauza *Procurorul vs. Lubanga Dyilo*²⁶: „Camera consideră că Apărarea nu se bazează pe principiul legalității, ci pe posibilitatea de a exclude răspunderea penală din cauza unei greșeli a legii în vigoare. Având în vedere principiul legalității, termenii care descriu angajarea, recrutarea și folosirea copiilor sub vârsta de cincisprezece ani pentru a participa activ la ostilități sunt definiți cu suficientă precizie în (...) Statutul de la Roma și Elementele infracțiunii, care au intrat în vigoare la 1 iulie 2002, pentru a se angaja răspunderea penală și aplica o pedeapsă. În consecință, nu există nicio încălcare a principiului legalității în cazul în care Camera își exercită competența de a decide dacă Thomas Lubanga Dyilo ar trebui să fie trimis în judecată pe baza unor norme penale prelabile scrise (*lex scripta*), aprobate anterior de statele părți la Statutul de la Roma (*lex praevia*), care definesc comportamentul interzis și stabilesc pedeapsa aplicabilă (*lex certa*), și care nu pot fi interpretate prin analogie *in malam partem* (*lex stricta*)”²⁷.

2. Jurisprudențializarea și europeanizarea principiului legalității

Articolul 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și cerința sa *nullum crimen, nulla poena sine lege*, joacă un rol major în preocuparea CEDO de a stabili o tendință de interpretare mai amplă a acestui principiu. De altfel, CEDO a subliniat importanța principiului legalității în dreptul penal în mai multe rânduri. De exemplu, în cauza *Kafkaris vs. Cipru*, Curtea a declarat că garanția consacrată în articolul 7, care este un element esențial al statului de drept, ocupă un loc important în sistemul de protecție al Convenției (...). Acesta ar trebui interpretat și aplicat, după cum rezultă din obiectul și scopul său, astfel încât să ofere garanții eficiente împotriva urmăririi, condamnării și aplicării în mod arbitrar a unei pedepse²⁸.

CEDO a făcut o preocupare majoră din circumscrierea sferei adagiului *nullum crimen, nulla poena sine lege* – „numai legea poate defini o infracțiune și poate prescrie o pedeapsă” - încercând să impună o interpretare largă a unor termeni uzuali precum cel de „lege” și cel de „pedeapsă”.

a) Termenul „lege” a fost considerat un concept care cuprinde atât legea statutară, cât și jurisprudența, Curtea înțelegând acest termen în sensul său substanțial și nu în sensul său formal, ca o dispoziție în vigoare astfel cum a fost interpretată de instanțele competente²⁹. Astfel, Curtea a ales să impună o viziune generoasă asupra termenului „lege”, fără a limita aplicarea acestuia la categoria actelor normative.³⁰

În cauza *Custers, Deveaux și Turk vs. Danemarca*, CEDO a analizat dacă ordinele executive emise de autoritățile daneze ar putea fi asimilate noțiunii de „lege” și a ajuns la concluzia că este necesar a se determina dacă ordinul relevant a avut „un temei juridic

²⁶ *Prosecutor v Lubanga Dyilo*, decizia cu privire la confirmarea acuzațiilor, ICC-01/04-01/06, 29 ianuarie 2007, disponibilă la https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_02360.PDF.

²⁷ *Prosecutor v Lubanga Dyilo*, paragr. 30-303.

²⁸ *Kafkaris v Cyprus* hotărârea din 12 February 2008 paragr. 137, www.echr.coe.int.

²⁹ *Kafkaris v Cyprus*, paragr. 139.

³⁰ Cian C. Murphy, *op. cit.*, p. 3.

suficient în legea națională". În cele din urmă, Curtea a declarat că „nu va pune la îndoială interpretarea dreptului intern de către instanțele naționale decât dacă a avut loc o nerespectare flagrantă sau o aplicare arbitrară a dispozițiilor menționate”³¹. În speța analizată s-a concluzionat că ordinul emis a fost legal.

b) Termenul „pedeapsă” a fost, de asemenea, subiect al interpretării CEDO.

În cauza *Welch vs Regatul Unit*³² o hotărâre de confiscare a făcut obiectul unei interpretări a Curții. Curtea a trebuit să stabilească dacă dispoziția de confiscare ar putea fi considerată pedeapsă și a încercat să stabilească un set de criterii pentru a determina dacă măsurile similare confiscării pot sau nu să fie considerate pedepse. În acest caz, domnul Welch a fost condamnat pentru infracțiuni la regimul drogurilor și a susținut că o dispoziție de confiscare luată împotriva lui a constituit o pedeapsă retroactivă. Ordinul emis a permis confiscarea bunurilor sale iar încălcarea acestuia putea duce la detenție. Guvernul britanic a susținut că ordinul de confiscare nu constituie o pedeapsă deoarece are ca scop prevenirea comiterii ulterioare a unor infracțiuni de trafic de droguri³³. Curtea a stabilit sensul termenului „pedeapsă” prin indicarea următoarelor criterii: dacă măsura este subsecventă condamnării pentru o infracțiune; natura și scopul măsurii în cauză; caracterizarea sa în conformitate cu legislația națională; procedurile implicate în elaborarea și implementarea măsurii; severitatea măsurii.³⁴ În concluzie, în cauza *Welch*, utilizarea combinată a acestor criterii a determinat interpretarea că ordinul de confiscare constituie o sancțiune penală. De asemenea, pentru că a fost aplicată retroactiv, s-a constatat și o încălcare a art. 7 din Convenție.

În alte cazuri, cum ar fi *Jamil vs. Franța*³⁵ sau *Ibbotson vs. Regatul Unit*³⁶, Curtea a subliniat că cel mai important dintre aceste criterii, punctul de pornire al oricărei evaluări a unei măsuri oficiale pentru a determina dacă aceasta constituie o pedeapsă sau nu, este existența unei condamnări penale prealabile.

Însă, uneori, echilibrul dintre scopul unor măsuri preventive și protecția drepturilor fundamentale ale cetățeanului este foarte dificil de menținut. În cauza *Gillan și Quinton vs Regatul Unit*³⁷ două persoane care au participat la un protest cu ocazia unui târg de armament au fost oprite și percheziționate de autorități în temeiul unei dispoziții din Legea Britanică privind Terorismul - *UK Terrorism Act 2000*, care nu impune ca și condiție prealabilă pentru efectuarea percheziției ca ofițerul de poliție să aibă o suspiciune rezonabilă cu privire la desfășurarea unei activități ilegale. Aceste măsuri (oprirea și percheziționarea) a încălcat, în interpretarea Curții, articolul 8 din Convenție, deoarece nu era conformă cu legea britanică în vigoare, atribuțiile organelor de poliție nefiind suficient circumscrise și nici supuse unor garanții juridice adecvate împotriva abuzurilor³⁸.

c) *Accesibilitatea și previzibilitatea legii.*

³¹ *Custers, Deveaux and Turk v Denmark*, hotărârea din 3 May 2007, paragr. 84, www.echr.coe.int.

³² *Welch v UK* hotărârea din 9 February 1995, www.echr.coe.int.

³³ *Welch v UK* paragr. 22-25.

³⁴ *Ibidem*, paragr. 27.

³⁵ *Jamil v France*, hotărârea din 25 May 1995, www.echr.coe.int.

³⁶ *Ibbotson v United Kingdom*, decizia din 21 October 1998, www.echr.coe.int.

³⁷ *Gillan and Quinton v the United Kingdom*, hotărârea din 12 ianuarie 2010, www.echr.coe.int.

³⁸ *Gillan and Quinton v the United Kingdom* para 87.

În jurisprudența Curții, s-a subliniat în repetate rânduri că atât definiția infracțiunii cât și a pedepsei trebuie să fie accesibile și previzibile³⁹. În conformitate cu această interpretare, legea trebuie să fie suficient de clară pentru ca indivizii să își poată conforma conduitele preceptului normelor (accesibilitatea) și, în al doilea rând, acolo unde există posibilitatea unei interpretări jurisprudențiale a legii, orice modificare a acesteia trebuie să fie previzibilă (predictibilitate)⁴⁰. O persoană trebuie să deducă din textul dispoziției relevante și, dacă este necesar, cu ajutorul unei interpretări din partea instanței, ce acte și omisiuni îi vor angaja răspunderea penală și ce pedeapsă va fi impusă. S-a mai arătat că o lege poate îndeplini în continuare cerința previzibilității în cazul în care persoana în cauză, în baza unei consultanțe juridice adecvate, într-o măsură rezonabilă și în raport de circumstanțele cauzei, poate anticipa consecințele juridice pe care le poate avea un anumit comportament⁴¹.

În cauza *Cantoni vs Franța*⁴² lucrurile nu au mai fost la fel de clare, deoarece, în opinia Curții, au existat mereu „zone de gri în delimitarea sferei de aplicare a definiției legale”, iar articolul 7 (1) din CEDO solicită pur și simplu ca legea să fie „suficient de clară în marea majoritate a cazurilor”. De aceea „solicitanții trebuie să fi știut, pe baza comportamentului lor, că s-au expus unui risc real de urmărire penală”.⁴³ Aceeași interpretare se poate observa în cauza *Custers & alții*, în care Curtea a declarat că era previzibil că „reclamanții riscau să fie condamnați la o amendă”⁴⁴, sau în *Coeme și alții vs. Belgia*⁴⁵, citată anterior, în care s-a arătat că „reclamanții nu ar fi putut să nu conștientizeze faptul că acea conduită în baza căreia au fost acuzați ar putea să determine urmărirea lor penală”.

În opinia noastră, previzibilitatea „riscului de urmărire penală” și previzibilitatea legii penale sunt două chestiuni distincte, chiar dacă uneori dificil de delimitat, iar Curtea ar fi putut fi mai diligentă în utilizarea termenilor și a sensului acestora.

Curtea a fost, de asemenea, criticată de alți autori pentru că „favorizează rezolvarea unei probleme în detrimentul regulilor generale de drept”⁴⁶ și pentru că „a limitat definițiile sale în vederea obținerii unor rezultate satisfăcătoare”⁴⁷, dar trebuie adăugat că acest lucru s-a întâmplat numai în unele cazuri (cum ar fi *Cantoni vs. Franța* sau *Custers și alții*), atunci când Curtea s-a aventurat să pună în balanță noțiuni dificile, cum ar fi riscul și previzibilitatea legii.

3. Istoricitatea și specificitatea națională a principiului legalității

Principiul legalității are semnificație constituțională în multe sisteme naționale⁴⁸. În ciuda fenomenului de aculturație juridică, există influențe specifice în fiecare stat, datorită iden-

³⁹ *Kafkaris v Cyprus*, paragr. 140.

⁴⁰ Cian C. Murphy, *op. cit.*, p. 9.

⁴¹ *Kafkaris v Cyprus*, paragr. 140.

⁴² *Cantoni v France*, hotărâre din 22 October 1996, www.echr.coe.int.

⁴³ *Cantoni v France*, J hotărâre din 22 October 1996, paragr. 32-5.

⁴⁴ *Custers & Others v Denmark* Judgment 3 May 2007, para 81, www.echr.coe.int.

⁴⁵ *Coeme & Others v Belgium* Judgment 22 June 2000, paragr. 150.

⁴⁶ Cian C. Murphy, *op. cit.*, p. 15;

⁴⁷ Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, problems and prospects*, 2006, Cambridge University Press, p. 241.

⁴⁸ Beth Van Schaack, *op. cit.*, p. 101.

tității constituționale și dezvoltării istorice și legislative proprii aceluși stat sau regiuni.

Principiul legalității în sensul său cuprinzător își are rădăcinile în doctrina contractului social. Feuerbach a fost primul care a folosit adagiul latin *nullum crimen, nulla poena sine lege*. În opinia contractualistului Charles de Montesquieu, judecătorii erau doar cei prin a căror gură legea vorbește neputând să dețină nici forța, nici rigoarea legii. Cu toate acestea, dacă legea este neclară, este necesar ca judecătorii să emită o decizie prin care să interpreteze părțile obscure ale legii. Principiul fundamental al legalității fost creionat prin contribuțiile teoreticienilor contractualiști și de atunci s-a dezvoltat constant⁴⁹.

Apariția primelor codificări ale principiului legalității au fost determinată de doctrina separării puterilor în stat și de scopul declarat al limitării puterii judecătorești. În opinia lui Cesare Beccaria, „dacă puterea de a interpreta legile este considerată malefică, obscuritatea acestora trebuie să fie privită ca fiind la fel de malefică, prima fiind consecința acesteia din urmă. Răul produs va fi și mai mare dacă legile vor fi scrise într-un limbaj inaccesibil poporului și dacă (...)interpretarea legii, în loc de a fi publică și generală, devine privată și particulară”⁵⁰.

În sistemul *common-law Magna Carta Libertatum* a fost actul care prevăzută la art. 39 că „nici un om liber nu va fi reținut sau întemnițat, privat de drepturile sau posesiunile sale, scos în afara legii sau exilat, privat în vreun fel de statutul său, nu se va aplica forța împotriva lui și nici nu vor fi trimise alte persoane să facă acest lucru, cu excepția cazului în care se decide astfel prin judecată dreaptă sau este permis potrivit legii locului”⁵¹. S-a subliniat că, în pofida acestei garanții, *Magna Carta* nu a exclus dreptul cutumiar ca izvor al intervenției penale, (...) timp de 200 de ani până în 1641 fiind pedepsite comportamente considerate reprobabile din punct de vedere moral, indiferent de prevederile dreptului pozitiv.⁵² Lordul Blackstone s-a plasat într-o poziție interesantă față de chestiunea retroactivității legii, declarând că judecătorii „nu sunt delegați să pronunțe o lege nouă, ci să o mențină și să o interpreteze pe cea veche” și că atunci când instanțele judecătorești sunt chemate să răstoarne un precedent existent, acestea „nu se prefac că emit o nouă lege, ci o salvează pe cea veche de la o greșită interpretare”.⁵³ Dar această argumentare a dus la recunoașterea efectului retroactiv al hotărârilor judecătorești. În ciuda unui curent puternic împotriva retroactivității legii, Parlamentul Britanic a adoptat ocazional legi penale *ex post facto* (retroactive) în secolul al XIX-lea, abolind doctrina judiciară reziduală de a crea infracțiuni mult mai târziu, în 1973⁵⁴. În prezent, statele din sistemul *common-law* au definiții legale ale

⁴⁹ Idem, p. 101.

⁵⁰ Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishment*, tradus din italiană de M.D.Voltaire, tradus din franceză de Edward D. Ingham, Ediția a doua americană, Philadelphia, Publicată de Philipp H.Nicklin, 1819, p. 26, disponibil la <https://play.google.com/books/reader?id=FRDtZqosmnEC&hl=ro&pg=GBS.PA26>.

⁵¹ *Magna Carta Libertatum* 1215, art. 39, text disponibil în limba engleză la <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>.

⁵² Claus Krefß, *op. cit.*, p.3.

⁵³ Lord Blackstone citat de Steven W.Allen, *Toward a Unified Theory of Retroactivity*, *New York Law School Law Review*, vol. 54: 105-144, 2009/2010, p. 107.

⁵⁴ *Kneller Publishing, Printing and Promotion Ltd v Director of Public Prosecutions, Judgment of House of Lords from 14 June 1972*, citat de Claus Krefß, *op. cit.*, p. 3.

infracțiunilor, însă termenii folosiți de legiuitori sunt explicați și interpretați de jurisprudență.

În dreptul islamic, Coranul statuează că Allah nu pedepsește oamenii înainte de a trimite un Mesager pentru a-i avertiza. Cărțile sacre ale islamului, *Coran* și *Sunnah*, prevăd definiția anumitor infracțiuni (hudud, qesas, diyya) și, de asemenea, pedeapsa pentru acestea. *Sharia* – „calea de urmat”⁵⁵ - recunoaște totuși judecătorilor islamici puterea discreționară de a aplica pedeapsa pentru anumite infracțiuni (ta'azir), contrar principiului *nullum crimen sine lege*. *Fikh* este un sistem doctrinar bazat pe autoritatea surselor care sunt fie revelate, fie infailibile. Legea musulmană este considerată a fi imuabilă. Islamul nu recunoaște autoritatea ca având puterea de a-l modifica, cu alte cuvinte legiuitorii statelor musulmane nu pot crea și edicta legi, ci doar să stabilească reguli administrative în limitele definite de legea musulmană sacră⁵⁶. Unele state islamice aplică încă *Sharia*, dar majoritatea statelor au adoptat principiul legalității introdus de puterile coloniale.⁵⁷

În Statele Unite, în 1776, art. 7 și 6 din *Declarația de drepturi a Virginiei* și art. 15 din *Constituția Statului Maryland* prevedeau principiul legalității. Constituția actuală a SUA⁵⁸ interzice explicit în art. I, secțiunea 9, clauza 3, retroactivitatea legii penale.

În Europa, prima prevedere a principiului legalității într-un cod penal modern o regăsim în partea I art. 1 din Codul penal austriac (*Constitutio Criminalis Josephina*) adoptat de Iosif al II-lea în 1787. Apoi, în 1810 Codul Penal Francez, prevedea acest principiu în Art. 4. Codul penal bavarez din 1813 (*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*), a prevăzut principiul legalității în art. 1. De asemenea, art. 2 din Codul Penal al Imperiului german din 1871 (*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*) statua cu privire la legalitatea incriminării și a sancțiunii penale⁵⁹. Mai târziu, în 1935, art. 2 din Codul Penal al Imperiului german a fost modificat de către naționaliștii germani, permițând aplicarea unei pedepse și pentru acele acte care merită pedepsite în conformitate cu concepțiile fundamentale ale dreptului penal și cu opinia publică. Această dispoziție a fost abrogată în 1946⁶⁰.

În Rusia, Codurile Penale Sovietice din 1922 și 1926 au permis incriminarea actelor sociale periculoase printr-o falsă analogie. Principiul legalității a fost reintrodus în 1958 de art. 6 din *Principiile Fundamentale ale Legislației Penale ale URSS și ale Republicilor Uniunii*. Totuși, în practică, a fost recunoscută posibilitatea judecării și pedepsirii infracțiunilor minore de către instanțele de tovarăși neprofesioniști. În zilele noastre, art. 54 din Constituția Federației Ruse din 1993 prevede și garantează principiul legalității⁶¹.

4. Constituționalizarea principiului legalității – jurisprudența C. C. R.

În sistemele continentale, principiul legalității este considerat a fi piatra de temelie a dreptului penal modern și a fost inserat expres, așa cum am arătat anterior, în prevederile

⁵⁵ René David, John E.C. Brierley, *Major legal systems in the world today*, 2nd edition, 1978 Free Press, p. 421.

⁵⁶ Idem, p. 427.

⁵⁷ Claus Kreß, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁸ Constituția SUA, art. 1 secțiunea 9 alin. 3: "No bill of attainder or ex post facto Law shall be passed".

Text disponibil în limba engleză la <https://www.law.cornell.edu/constitution/article#section9>.

⁵⁹ Claus Kreß, *op.cit.*, p.3.

⁶⁰ Idem, p.4.

⁶¹ Idem, p.4.

Codului Penal sau în cele ale Legii fundamentale. Cu toate acestea, uneori, în sistemele de drept continental, prevederile legii nu sunt singurul izvor al interpretării principiului legalității. Curțile constituționale au o datorie foarte importantă, și anume, aceea de a determina, la cerere, compatibilitatea unei anumite prevederi legale cu standardele constituționale.

În România, supremația Constituției și a legilor a fost ridicată la rang de principiu constituțional, fiind consacrată de art. 1 paragr. (5) al Legii Fundamentale, potrivit căruia respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor sunt obligatorii. „S-a stabilit astfel o obligație generală impusă tuturor subiecților de drept, inclusiv autorității legislative, care trebuie să se asigure că activitatea de legiferare se desfășoară în limitele și în conformitate cu Legea fundamentală a statului și, că, în același timp, legislația este de calitate. Acest lucru se datorează faptului că, pentru a fi respectată, legea trebuie să fie cunoscută și înțeleasă, iar pentru a fi înțeleasă trebuie să fie suficient de precisă și previzibilă pentru a asigura certitudinea juridică destinatarilor acesteia”⁶².

Potrivit art. 147 din Constituția României, în cazurile în care se constată neconstituționalitatea, legile, ordonanțele în vigoare precum și celelalte regulamente vor fi returnate în vederea reexaminării. La trecerea a 45 de zile de la data publicării deciziei de neconstituționalitate în Monitorul Oficial al României, în cazul în care legiuitorul nu intervine, norma juridică declarată ca neconstituțională încetează orice efecte pentru viitor.

Art. 29 din Legea nr. 47/1992⁶³ privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale prevede că CCR decide cu privire la excepțiile ridicate în fața instanțelor de judecată cu privire la neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe sau a unor alte dispoziții legale în vigoare în legătură cu cauza, indiferent de stadiul în care se află litigiul și de calitatea părților. O excepție poate fi invocată la cererea uneia dintre părți sau, din oficiu, de către instanță. De asemenea, poate fi invocată excepția de neconstituționalitate de către procuror în fața instanței de judecată în cazurile în care acesta participă la ședință. Dispozițiile considerate neconstituționale printr-o decizie anterioară a Curții Constituționale nu pot fi reexamineate cu privire la constituționalitatea lor.

Există două tipuri de soluții în acest caz (care se desprind din prevederile legii): decizii de admitere a excepției de neconstituționalitate, care duc la încetarea pentru viitor a efectelor normei declarate neconstituționale și decizii de respingere a excepției de neconstituționalitate, caz în care regula de drept supusă controlului constituțional rămâne neschimbată. Cu toate acestea, în ultimii 10 ani s-a înregistrat o creștere a numărului de decizii care nu sunt categorice în ceea ce privește constatarea neconstituționalității, ci interpretează sau orientează interpretarea instanțelor în sensul respectării standardului constituțional. Este vorba despre așa-numitele „decizii interpretative”⁶⁴ (ex. Decizia CCR nr. 265/2014⁶⁵).

Deși doctrina românească⁶⁶ arată în mod clar că CCR nu are rolul de legiuitor pozitiv, nici

⁶² Ion Predescu, Marieta Safta, *The principle of legal certainty, basis for the rule of law landmark case-law*, Buletinul Curții Constituționale nr. 1/2009, www.ccr.ro.

⁶³ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 807 din 3 decembrie 2010.

⁶⁴ Florin Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală. Vol. I*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 102-103.

⁶⁵ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 372 din 20 mai 2014.

⁶⁶ Viorel Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ediția a III-a, Universul Juridic, București, 2014, p. 27-28. În sens contrar a se vedea: Florin Streteanu, *op. cit.*, p. 101-104.

atunci când constată neconstituționalitatea neincriminării unui act⁶⁷, nici atunci când constată neconstituționalitatea dezincriminării unui act⁶⁸, implicațiile acestor decizii și întreaga jurisprudență a CCR joacă un rol important în ceea ce privește sfera de interpretare a principiului legalității.

O primă decizie pe care o analizăm este Decizia nr. 62/2007⁶⁹, prin care s-a constatat neconstituționalitatea unor prevederi ale Legii nr. 278/2006⁷⁰, care a abrogat infracțiunile de insultă și calomnie. Astfel, prin Decizia nr. 62/2007, CCR a decis inaplicabilitatea textului prin care normele de incriminare din Codul penal anterior a actelor de insultă și calomnie au fost abrogate. Decizia a fost criticată dur în doctrina din acel moment, subliniindu-se că, "prin decizia sa, Curtea Constituțională a depășit cu mult prevederile textului de incriminare, chiar dacă a considerat că nu face decât o interpretare, deoarece art. 205 și art. 206 din Codul penal anterior se referă nu doar la insulte sau calomnii comise prin presă, ci și la fapte comise prin orice alte mijloace"⁷¹. În mod normal, normele de incriminare a insultei și calomniei ar fi trebuit să revină în vigoare, dar acest lucru nu s-a întâmplat.⁷² Efectul ecou, totuși, a survenit

⁶⁷ Cazul deciziei CCR nr. 224/2017 Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 427 din 9 iunie 2017: „Admite excepția de neconstituționalitate (...) și constată că soluția legislativă cuprinsă în art. 335 alin. (1) din Codul penal, care nu incriminează fapta de conducere pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier, fără permis de conducere, este neconstituțională.”

⁶⁸ Cazul deciziei CCR nr. 62/2007, Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 104 din 12 februarie 2007: „Admite excepția de neconstituționalitate (...) și constată că dispozițiile art. 1 pct. 56 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi, partea referitoare la abrogarea art. 205, 206 și 207 din Codul penal (n.n. abrogarea incriminării insultei și calomniei și a probei verității), sunt neconstituționale.”

⁶⁹ Decizia nr. 62/2007 privind neconstituționalitatea dezincriminării insultei și calomniei publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.104 din 12 februarie 2007.

⁷⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 601 din 12 iulie 2006.

⁷¹ C. L. Popescu *Reincriminarea insultei și calomniei*, în Noua revistă de drepturile omului nr. 1/2007, p. 6.

⁷² Unele instanțe au interpretat efectele deciziei ca determinând reintrarea în vigoare a dispozițiilor de incriminare prev. de art. 205, 206 și 207 din Codul penal de la 1969. Exemplificăm cu sentința penală nr. 523/09.03.2007 a Judecătoriei Sectorului 5 București: „(...) instanța constată că se impune analizarea efectelor deciziei Curții Constituționale prin care un text legal abrogator a fost lipsit de eficiență juridică, ca urmare a constatării neconstituționalității sale. Potrivit prevederilor art. 147 alin. (1) din Constituție, pe durata a 45 de zile de la publicarea deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I, textul legal constatat ca fiind neconstituțional este suspendat de drept, iar după expirarea acestui termen își încetează efectele, dacă nu a fost pus de acord cu prevederile Constituției. Pe cale de consecință, suspendarea de drept a textului abrogator determină reintrarea în vigoare a dispozițiilor abrogate. Decizia amintită a fost pronunțată în cadrul controlului concret a posteriori de constituționalitate. Art. 1 pct. 56 din Legea nr. 278/2006 a produs efecte juridice de la data intrării în vigoare a legii – 12.08.2006 -, după acea dată nemaifiind posibilă tragerea la răspundere penală a celor care au săvârșit faptele prevăzute de fostele articole 205 și 206 din Codul penal. Decizia Curții Constituționale, determinând, prin efectele sale, suspendarea efectelor normei juridice declarate ca fiind neconstituționale, face ca de la data publicării sale în Monitorul Oficial al României, Partea I – respectiv 12.02.2007, să reintre în vigoare dispozițiile art. 205 și 206 din Codul penal, ceea ce echivalează cu incriminarea din nou a faptelor de insultă și de calomnie. Această situație nu duce, însă, la însușirea de către Curtea Constituțională a rolului de legislator pozitiv – care revine exclusiv Parlamentului – în baza a 2 argumente dezvoltate în opinia concurentă consemnată în cadrul deciziei: 1. prin efectul constatării neconstituționalității dispoziției abrogatoare reintre în vigoare aceleași dispoziții care fuseseră abrogate și nu altele noi; 2. reintrarea în vigoare a dispozițiilor abrogate nu constituie decât un efect mediat al deciziei Curții, de constatare a neconstituționalității dispoziției abrogatoare, și nu un efect direct al acesteia. Față de aceste dispoziții, instanța constată că în prezent este din nou incriminată infracțiunea de insultă.”

deoarece noul Cod penal al României nu mai incriminează cele două fapte.

Una dintre cele mai controversate decizii ale CCR a fost Decizia nr. 265/2014⁷³, prin care CCR a declarat că prevederile art. 5 din Codul Penal care reglementează aplicarea legii penale mai favorabile până la judecarea definitivă a cauzei sunt constituționale doar dacă nu permit combinarea unor dispoziții mai favorabile din legi succesive, interzicând aplicarea așa-numitei *lex tertia* în activitatea judecătorilor. Prin această decizie, care a fost aspru criticată⁷⁴, CCR a șters mai mult de 60 de ani de doctrină penală care se poziționase în favoarea aplicării legii penale mai favorabile pe instituții autonome (de exemplu, recidiva, concursul de infracțiuni, prescripția răspunderii penale, etc.) independent de legea în baza căreia se determinase pedeapsa pentru infracțiunea comisă și dedusă judecății.

Decizia nr. 363/2015⁷⁵ privind excepția de constituționalitate a art. 6 din Legea nr. 241/2005⁷⁶ privind combaterea evaziunii fiscale se referă la standardul de precizie a legii. Curtea a constatat că aceste prevederi incriminatorii ("*Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la un an la 6 ani reținerea și nevărsarea, cu intenție, în cel mult 30 de zile de la scadență, a sumelor reprezentând impozite sau contribuții cu reținere la sursă*") nu îndeplinesc cerințele legale de claritate și certitudine, deoarece, pe lângă faptul că nu se definesc în sine noțiunea de „reținere a impozitelor sau a contribuțiilor”, ele trebuie înțelese prin raportare la dispoziții de rang inferior: „*Curtea reține că obiectul material al infracțiunii nu este configurat prin lege, ci printr-un act administrativ de aplicare a legii al cărui obiect de reglementare vizează, în realitate, un domeniu distinct, respectiv aprobarea modelului și conținutului unor formulare. Or, în ipoteza infracțiunilor, inclusiv a celor reglementate în domeniul fiscal, legiuitorul trebuie să indice în mod clar și neechivoc obiectul material al acestora în chiar cuprinsul normei legale sau acesta să poată fi identificat cu ușurință prin trimiterea la un alt act normativ de rang legal cu care textul incriminator se află în conexiune, în vederea stabilirii existenței/inexistenței infracțiunii*”.

Printr-o altă hotărâre, și anume Decizia nr. 603/2015⁷⁷, Curtea Constituțională a constatat că expresia „relații comerciale” conținută în prevederile art. 301 alin. (1) din Codul penal care incriminează infracțiunea de conflict de interese nu îndeplinește cerințele de claritate și nu permite determinarea sensului exact al normei de incriminare. Decizia are ca efect restrângerea comportamentului incriminat prin dispoziția menționată, cu consecința excluderii din textul de incriminare a variantei normative constând în „fapta unui funcționar public care, în exercitarea atribuțiilor sale, a îndeplinit un act sau a participat la luarea unei decizii, prin care s-a obținut, direct sau indirect, un folos patrimonial (...) pentru o persoană cu care s-a aflat în relații comerciale în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat sau beneficiază de foloase de orice natură”.

Soluția a fost preluată de pe www.jurisprudenta.com.

⁷³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 372 din 20 mai 2014.

⁷⁴ Elena Dumitrache, *Contre pe aplicarea globală a legii penale mai favorabile*, articol pe Lumea Justiției, 23 mai 2014, www.luju.ro.

⁷⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 495 din 6 iulie 2015.

⁷⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 672 din 27 mai 2005.

⁷⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 845 din data de 13 noiembrie 2015

Prin Decizia nr. 405/2016⁷⁸, CCR a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor de incriminare a abuzului de serviciu din codul penal anterior (art. 246 C. pen. 1969 și art. 297 din Codul Penal în vigoare) și a constatat că „acestea sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinește prin încălcarea legii”. În esență, în argumentele deciziei, Curtea a statuat că „neîndeplinirea sau executarea defectuoasă a unui act trebuie luată în considerare numai prin referire la obligațiile de serviciu prevăzute în mod expres de legislația primară - legile și ordonanțele Guvernului”. Aceasta deoarece adoptarea unor acte de reglementare secundară care vin să detalieze legislația primară se realizează doar în limitele și potrivit normelor care le ordonă. Curtea notează că „ilicitul penal este cea mai gravă formă de încălcare a unor valori sociale, iar consecințele aplicării legii penale sunt dintre cele mai grave, astfel că stabilirea unor garanții împotriva arbitrarului prin reglementarea de către legiuitor a unor norme clare și predictibile este obligatorie. (...) Raportarea organelor judiciare la o sferă normativă largă care cuprinde, pe lângă legi și ordonanțe ale Guvernului, și acte de nivel inferior acestora cum ar fi hotărâri de guvern, ordine, coduri etice și deontologice, regulamente de organizare internă, fișa postului au influență asupra laturii obiective a infracțiunii de abuz în serviciu prin extinderea acesteia la acțiuni sau inacțiuni ce definesc elementul material al laturii obiective a infracțiunii, dar care nu sunt prevăzute în acte normative de reglementare primară”.

CCR subliniază faptul că termenul „defectuos” nu este definit în Codul penal și nici nu este precizat elementul în legătură cu care „defectuositatea” unui act este analizată, ceea ce determină lipsa de claritate și previzibilitate a acestuia. Această lipsă de claritate, precizie și previzibilitate a sintagmei „îndeplinește în mod defectuos” creează premisa aplicării acesteia ca rezultat al unor interpretări sau aprecieri arbitrare. Datorită faptului că persoana care are calitatea de funcționar în sensul legii penale trebuie să poată determina, fără echivoc care este comportamentul ce poate avea semnificație penală, CCR a concluzionat că sintagma „îndeplinește în mod defectuos” nu poate fi interpretată decât în sensul că îndeplinirea atribuției de serviciu se realizează „prin încălcarea legii”.

Una dintre ultimele decizii controversate este Decizia 418/2018⁷⁹ prin care au fost declarate neconstituționale dispozițiile art. 29 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 656/2002⁸⁰ pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului⁸¹, care au următorul cuprins: „*Constituie infracțiunea de spălare a banilor și se pedepsește cu închisoare de la 3 la 10 ani: [...] dobândirea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni.*” S-a arătat că norma penală de la art. 29 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 656/2002 are un caracter general și ambiguu, neindicând, în mod clar și de o manieră concretă, în ce constă conduita incriminată, respectiv care este sfera de cuprindere a sintagmei „dobândi-

⁷⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.517 din 8 iulie 2016.

⁷⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 625 din 19 Iulie 2018.

⁸⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 904 din 12 decembrie 2002.

⁸¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.702 din 12 octombrie 2012

rea, deținerea sau folosirea de bunuri, cunoscând că acestea provin din săvârșirea de infracțiuni”. Pentru aceste motive se arată că textul criticat este lipsit de previzibilitate, având ca rezultat ducerea în derizoriu a infracțiunii analizate, întrucât orice deținere sau folosire, a oricăror bunuri, cunoscând că provin din săvârșirea unor infracțiuni, ar putea forma conținutul constitutiv al acesteia. Cu titlu exemplificativ se arată că, potrivit textului criticat, folosirea unei sume de bani furate pentru achiziționarea de alimente constituie infracțiunea de spălare de bani.

Pe de altă parte, ICCJ a pronunțat anterior Decizia nr. 16 din 8 iunie 2016⁸², mai sus menționată, prin care a stabilit următoarele:

„1. Acțiunile enumerate în cuprinsul art. 29 alin. (1) lit. a), b) și c) din Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, republicată, cu modificările ulterioare, respectiv schimbarea sau transferul, ascunderea ori disimularea, dobândirea, deținerea sau folosirea, sunt modalități alternative ale elementului material al infracțiunii unice de spălare a banilor.

2. Subiectul activ al infracțiunii de spălare a banilor poate fi și subiect activ al infracțiunii din care provin bunurile.

3. Infracțiunea de spălare a banilor este o infracțiune autonomă, nefiind condiționată de existența unei soluții de condamnare pentru infracțiunea din care provin bunurile.” Prin urmare, la pct. 2 al dispozitivului Deciziei nr. 16 din 8 iunie 2016, ICCJ a stabilit că, prin dispozițiile art. 29 alin. (1) din Legea nr. 656/2002, sunt incriminate și faptele de „autospălare a banilor”, fără a distinge între modalități normative din cuprinsul prevederilor legale anterior menționate. Interpretarea ICCJ nu a fost agreată de CCR, aceasta arătând că reținerea, ca infracțiune distinctă, respectiv infracțiunea de spălare a banilor, prevăzută la art. 29 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 656/2002, a oricăreia dintre faptele de dobândire, deținere și, respectiv, folosire de bunuri care provin din săvârșirea unor infracțiuni, în sarcina subiectului activ al infracțiunii din care provin bunurile, implică tragerea acestuia la răspundere penală, de două ori, pentru săvârșirea aceluiași fapt.

Astfel, dispozițiile art. 29 alin. (1) lit. c) din Legea nr.656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului în interpretarea dată prin Decizia ICCJ nr.16 din 8 iunie 2016, încalcă cerințele de claritate, precizie și previzibilitate, ce rezultă din principiul statului de drept, impuse de prevederile constituționale ale art.1 alin.(5), dar și principiul legalității incriminării și a pedepsei, astfel cum acesta este reglementat la art.23 alin. (12) din Constituție și la art. 7 din Convenție.

Prin această analiză succintă a jurisprudenței CCR în materia controlului de constituționalitate am încercat să configurăm o dimensiune specifică a principiului legalității, arătând modul în care practica CCR stabilește sfera de interpretare a principiului legalității, eliminând sau texte care încalcă prevederile constituționale, ori impunând direcții de interpretare, uneori chiar în contra deciziilor de dezlegare a unor chestiuni de drept pro-

⁸² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 654 din 25 august 2016.

nunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție, obligatorii și ele.

5. Aculturația principiului legalității

Spațiul European se confruntă dramatic cu fenomenul aculturației juridice, fenomen care se produce în mod natural în momentul în care multiple grupuri sociale, fiecare cu propriile sale reguli, interacționează o perioadă îndelungată. Dacă uniformizarea, consecință normală și firească a fenomenului aculturației juridice, s-a produs în mod facil în unele ramuri de drept, cum ar fi – dreptul comercial – alte ramuri de drept, respectiv cele care aparțin dreptului public, și în special dreptul penal și procesul penal – continua să opună rezistență.

Aculturația juridică, precum și procesul de elaborare a legii au o determinare multifactorială. În acest proces determinist, factorii obiectivi și subiectivi acționează împreună cu cei interni și externi, factori naturali (geografici, biologici, fiziologici, demografici) și factori sociali (economic, politic, ideologic (interese, scopuri, nevoi colective, prejudecăți, obiceiuri, teorii etc.), care privesc psihologia individului (nevoi, interese, aspirații, scopuri, atitudini etc.) sau psihologia grupurilor ori psihologia colectivă (nevoi colective, interese, tradiții, prejudecăți, obiceiuri, tabuuri).

Aculturația juridică în cadrul unui sistem juridic începe să apară atunci când soluțiile juridice interne se dovedesc nesatisfăcătoare și ineficiente, fiind urmate de identificarea unei soluții legislative aparținând unui sistem juridic diferit, care să fie preluată prin încorporare. Acceptarea și încorporarea este condiționată de o serie de factori, cum ar fi superioritatea tehnică sau adaptabilitatea facilă la contextul intern.

Nu în ultimul rând, în contextul creației Uniunii Europene, aculturația juridică devine inevitabilă prin stabilirea de standarde comune aplicabile în general dreptului intern al fiecărui stat membru. Cu toate acestea, dacă fenomenul aculturației juridice apare în cea mai mare parte a timpului în mod natural, forțat doar în cazul capitulării militare și a statutului de servitute, în cazul aculturației juridice europene fenomenul pare să aibă loc într-un mod interesant: statele membre acceptă standardele europene comune la momentul aderării la UE, posibilitatea de manifestare a rezervelor fiind extrem de limitată, dar, pe de altă parte, atunci când legislația națională a unui stat membru nu respectă standardele comune sau este modificată pentru încălcarea a directivelor sau recomandărilor, se aplică sancțiuni economice sau de altă natură (a se vedea reforma judiciară din Polonia sau România).

În ceea ce privește principiul legalității, efectele aculturației juridice sunt evidente, atât din perspectiva verticală, a dreptului european supranațional prin instituirea standardelor de interpretare atât ca urmare a salvagărdării principiilor și a drepturilor garantate de CEDO, cât și prin prisma jurisprudenței CEDO (exemple fiind prezentate la pct. 2 al prezentului studiu), cât și pe orizontală, la nivel național, prin faptul că cele mai înalte foruri jurisprudențiale – ICCJ și CCR prin deciziile luate, se inspiră din interpretarea legislației și jurisprudența altor state⁸³ cât și prin observarea constantă a standardelor internaționale

⁸³ Decizia CCR nr. 511/2013, publicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 75 din 30 ianuarie

și europene (exemple fiind prezentate la pct. 4 al prezentului studiu). Prezentăm spre exemplificare Decizia CCR nr. 405/2016 cu privire la constituționalitatea incriminării abuzului în serviciu, analizată anterior, prin a cărei motivare CCR trimite expres, atunci când verifică standardele de legalitate ale prevederii penale supuse controlului de constituționalitate la practica CEDO⁸⁴:

„44. (...) Analizând claritatea și previzibilitatea unor norme ce incriminau abuzul în serviciu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că dispozițiile de drept penal în cauză, precum și interpretarea acestora, erau moștenite din fostul sistem legal sovietic. Astfel, autoritățile naționale s-au confruntat cu sarcina dificilă a aplicării acestor norme legale în noul context al economiei de piață (Hotărârea din 25 iunie 2009 pronunțată în Cauza Liivik împotriva Estoniei, par.97).

45. Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, art. 7 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care consacră

2014, paragraful 2.1.:

„În dreptul german, instituția prescripției, atât a răspunderii penale, cât și a executării pedepsei, este reglementată în Codul penal. Discuțiile privind natura prescripției s-au accentuat în preajma anului 1965, când se împlinea termenul de prescripție pentru asasinatele comise în timpul regimului național-socialist. Soluția găsită atunci, prin Legea din 13 aprilie 1965, a fost aceea de a considera că termenul de prescripție pentru aceste fapte a fost suspendat în perioada 8 mai 1945—31 decembrie 1949, începând să curgă de la 1 ianuarie 1950. Mai târziu, când termenele de prescripție erau iarăși pe punctul de a se împlini, a fost consacrată legislativ imprescriptibilitatea pentru infracțiunile pentru care legea stabilea pedeapsa detențiunii pe viață, și anume infracțiunile de genocid și de omor calificat, prevăzându-se expres aplicarea noului regim și cu privire la faptele al căror termen de prescripție nu se împlinesc la data intrării în vigoare a legii noi. Astfel, atât dispozițiile privind suspendarea cursului prescripției, cât și cele referitoare la imprescriptibilitate au fost condiționate de neîmplinirea termenelor anterioare de prescripție.

În dreptul francez, soluția tradițională era considerarea ca aparținând procedurii penale a dispozițiilor privind prescripția răspunderii penale, respectiv dreptului penal substanțial a prevederilor referitoare la prescripția executării pedepsei. Codul penal, intrat în vigoare în 1994, în forma inițială, a suprimat această diferență de regim, prevăzând în art.112-2 că dispozițiile privind prescripția se aplică și prescripțiilor neîmplinite la data intrării în vigoare a legii noi, cu excepția situațiilor în care ar conduce la o agravare a situației celui în cauză, supunând, prin urmare, reglementările privitoare la prescripție principiului aplicării legii penale mai favorabile. După 10 ani, prin legea din 9 martie 2004, legiuitorul francez, prin modificarea Codului penal, a schimbat această regulă, stabilind că legile referitoare la prescripția acțiunii publice și la prescripția pedepselor atunci când termenul de prescripție nu s-a împlinit sunt aplicabile imediat, deci și în ipoteza în care infracțiunile au fost comise înainte de intrarea în vigoare a legilor.

În Elveția, prescripția este reglementată în Codul penal, care prevede expres aplicarea unor noi dispoziții din materia prescripției, mai severe, inclusiv pentru infracțiuni comise anterior, dacă termenul de prescripție pentru acestea nu s-a împlinit încă. Dreptul elvețian consacră, prin urmare, regula potrivit căreia dispoziții legale noi pot modifica termene de prescripție aflate în curs, pe motiv că asemenea reglementări nu au efect retroactiv. Interdicția de a contraveni principiului neretroactivității nu se aplică decât modificărilor referitoare la elementele constitutive ale infracțiunii și la pedeapsă, iar nu și celor privind reglementarea prescripției.

În Suedia, Codul penal a suferit modificări, în anul 2010, cu privire la regimul prescripției, legile de modificare cuprinzând dispoziții exprese care stabilesc aplicarea noilor reglementări și infracțiunilor comise anterior, dacă termenul de prescripție încă nu s-a împlinit.

În fine, în Belgia, Curtea de Casație a consacrat principiul potrivit căruia legile care prelungesc termenele de prescripție a acțiunii penale sunt de aplicare imediată și sunt incidente și în cazul tuturor procedurilor promovate înainte de intrarea acestora în vigoare, care la această dată nu erau încă prescrise”.

⁸⁴ Decizia CCR nr. 405/2016 paragrafele 44 și 45.

principiul legalității incriminării și pedepsei (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), pe lângă interzicerea, în mod special, a extinderii conținutului infracțiunilor existente asupra unor fapte care, anterior, nu constituiau infracțiuni, prevede și principiul potrivit căruia legea penală nu trebuie interpretată și aplicată extensiv în defavoarea acuzatului, de exemplu, prin analogie. Rezultă, astfel, că legea trebuie să definească în mod clar infracțiunile și pedepsele aplicabile, această cerință fiind îndeplinită atunci când un justițiabil are posibilitatea de a cunoaște, din însuși textul normei juridice pertinente, la nevoie cu ajutorul interpretării acesteia de către instanțe și în urma obținerii unei asistențe judiciare adecvate, care sunt actele și omisiunile ce pot angaja răspunderea sa penală și care este pedeapsa pe care o riscă în virtutea acestora [Hotărârea din 15 noiembrie 1996, pronunțată în Cauza Cantoni împotriva Franței, par. 29; Hotărârea din 22 iunie 2000, pronunțată în Cauza Coeme și alții împotriva Belgiei, par. 145; Hotărârea din 7 februarie 2002, pronunțată în Cauza E.K. împotriva Turciei, par. 51; Hotărârea din 29 martie 2006, pronunțată în Cauza Achour împotriva Franței, par. 41 și 42; Hotărârea din 24 mai 2007, pronunțată în Cauza Dragotoniu și Militaru-Pidhorni împotriva României, par. 33 și 34; Hotărârea din 12 februarie 2008, pronunțată în Cauza Kafkaris împotriva Ciprului, par. 140; Hotărârea din 20 ianuarie 2009, pronunțată în Cauza Sud Fondi SRL și alții împotriva Italiei, par. 107 și 108; Hotărârea din 17 septembrie 2009, pronunțată în Cauza Scoppola împotriva Italiei (nr. 2), par. 93, 94 și 99; Hotărârea din 21 octombrie 2013, pronunțată în Cauza Del Rio Prada împotriva Spaniei, par. 78, 79 și 91]. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că semnificația noțiunii de previzibilitate depinde într-o mare măsură de conținutul textului despre care este vorba și de domeniul pe care îl acoperă, precum și de numărul și de calitatea destinatarilor săi. Principiul previzibilității legii nu se opune ideii ca persoana în cauză să fie determinată să recurgă la îndrumări clarificatoare pentru a putea evalua, într-o măsură rezonabilă în circumstanțele cauzei, consecințele ce ar putea rezulta dintr-o anumită faptă. Este, în special, cazul profesioniștilor, care sunt obligați să dea dovadă de o mare prudență în exercitarea profesiei lor, motiv pentru care se așteaptă din partea lor să acorde o atenție specială evaluării riscurilor pe care aceasta le prezintă (Hotărârea din 15 noiembrie 1996, pronunțată în Cauza Cantoni împotriva Franței, par. 35; Hotărârea din 24 mai 2007, pronunțată în Cauza Dragotoniu și Militaru-Pidhorni împotriva României, par. 35; Hotărârea din 20 ianuarie 2009, pronunțată în Cauza Sud Fondi SRL și alții împotriva Italiei, par. 109)].

III. Concluzii și reflecții predictive

În ciuda vârstei sale și a eroziunii „doctrinare”, principiul legalității rămâne un subiect fierbinte și extrem de actual. Prin acest studiu am încercat să demonstrăm faptul că, așa cum relațiile sociale evoluează în mod constant, normele legale, inclusiv cele penale, sunt o chestiune „vie” care este permanent conectată la schimbările și nevoile vieții sociale.

Nici principiile fundamentale ale dreptului nu fac excepție de la aceste transformări determinate de evoluția societății și a relațiilor sociale, principiul legalității, în ciuda caracterului său imuabil declarat, suferind schimbări de abordare și percepție, dobândind noi valențe și noi dimensiuni. Unele dintre acestea sunt determinate de tendințele globa-

lizării - internaționalizarea dreptului penal și europenizarea jurisprudenței - altele sunt influențate de ritmul individual al dezvoltării, evoluției și nivelul de rezistență la fenomenul aculturației al fiecărui stat. Dacă aceste schimbări dramatice s-au produs în decursul unui secol, pe fondul creșterii accelerate a influenței internaționale și europene în legislația internă, suntem de părere că, în următorii 100 de ani vom asista la o internaționalizare progresivă a sferei de cuprindere a principiului legalității, chiar dacă vor mai pălpi accente de identitate națională în opera de interpretare a înțelesului acestei reguli de drept.

Voinpã juridicã °i subiect culpabil - scurte considerapïi plecãnd de la lucrarea *Karman* a lui Giorgio Agamben Recenzie-articol

Legal will and culpable subject - short remarks on Giorgio Agamben's *Karman*

Dr. Ionuț TUDOR*

Abstract

Reviewing Giorgio Agamben's book Karman has determined some reflections on Latin words like culpa, causa and crimen, key concepts for understanding the legal-political construction of the Western world. Although he uses sources also from Roman law, a variety of other sources is being used, like philosophical and theological literature to underline layers of latent meaning which provokes us to a conceptual reconsideration of what we consider already stable in our historical knowledge.

Keywords: culpa, causa, crimen, will, culpable subject

Rezumat

Lucrarea ne propune cãteva scurte reflecții plecãnd de la cartea lui Giorgio Agamben, Karman, care depisteazã în termenii latini culpa, causa și crimen conceptele cheie de înțelegere a construcției juridico-politice a gândirii Occidentale. Deși sursele indicate sunt inclusiv din dreptul roman, acestea sunt suplimentate cu o bogată literatură, în special filosofică și teologică, pentru a decela straturi de semnificație latente ce ne provoacă la o reconsiderare conceptuală a unor sensuri pe care le consideram deja stabile în cunoașterea istorică.

Cuvinte-cheie: culpa, causa, crimen, voință juridică, subiect culpabil

Introducere

Lectura ultimei lucrãri a lui Giorgio Agamben, *Karman*, ne-a provocat la cãteva scurte reflecții care debordeazã structura clasicã a unei recenzii. Discursul agambian nu pare sã poatã fi imediat integrat în mizele teoretice ale doctrinei juridice, deși detectãm o

* nt_tudor@yahoo.com

multitudine de termeni prezenți în mod recurent în drept. Există un mod de folosire diferit a limbajului, dar reflecțiile sale vizează mize teoretice esențiale pentru eșafodajul juridico-politic al gândirii occidentale, pentru înțelegerea contextelor de urgență și a factorilor de constituire a conceptelor cu care operăm în prezent.

Astfel, în lucrări precum *Starea de excepție*, *Homo Sacer*, *Împărăția și gloria*, *Opus Dei* etc.¹ apar termeni precum *imperium*, stare de necesitate, mărturie, suveranitate, proces etc., cu multiple referințe la doctrina juridică, dar fără limitarea la un sistem anume de drept. În acest sens, subtitlurile acestor cărți sunt poate mai explicative conceptual: puterea suverană și viața nudă; pentru o genealogie teologică a economiei și guvernării; arheologia ofiului; războiul civil ca paradigmă politică; arheologia jurământului; arhiva și martorul etc.

Agamben operează ca un veritabil comparatist, analizând regula de drept sau conceptul juridic în dinamica sa istorică, eminent contextual, așa cum a fost modelată de diversele tradiții intelectuale și de realitățile concrete, fără privilegierea tiparelor deja (pre)stabilite cu privire la ceea ce este relevant din trecut, și fără raportare exclusivă la voința unui legiuitor sau la consacrarea lor de către un canon epistemic, de autoritățile de atunci sau a autorităților de acum care ne spun ce *trebuie și poate* fi văzut atunci.

Metoda genealogică a lui Agamben presupune un cu totul alt mod de a investiga trecutul decât o face practica istorică, care regresează în trecut pentru a explica prezentul, pentru a justifica tezele necesare în contemporaneitate (de care cercetările de istorie a dreptului se face uneori vinovată).

Agamben vede în drept un *locus* privilegiat al *praxisului*, al acțiunii omenești, pe „suprafața sa” (prin suprafața dreptului desemnez ceea ce rămâne memorabil în istoria împărtășită de oameni cu privire la drept, procese celebre, figuri memorabile de juriști, legi revoluționare etc.) putând fi descifrate sensurile transformărilor societăților.

Lectura oricărei cărți de Agamben presupune un efort suplimentar din partea unui jurist, căci Agamben interoghează de fiecare dată „dispozitivul” de putere și cunoaștere aferent oricărui concept, săpând la rădăcina acestora fără a folosi definiții, distincții consacrate, organizări tematice, pentru a ajunge la rădăcini care au stat ascunse privirii până acum (putem spune, deleuzian, o *rizomatică juridico-politică*).

I. Genealogii conceptuale

Acest *modus operandi* îl aplică în lucrarea *Karman* (subintitulată „scurt tratat cu privire la acțiune, vinovăție și gest”) termenilor de proveniență romană *causa*, *culpa* și *crimen*. Sistemele juridice moderne au derivat din ele termeni precum cauză (e.g. cauza contractului), culpă (e.g. infracțiuni din culpă) sau crimă (mai puțin folosit în dreptul penal, dar încă prezent în criminologie).

Ce poate spune mai mult decât știm deja? Nu sunt acești termeni *transparent*, nu

¹ Marea majoritate apărute în limba română la *Opus dei*, Editura Tact, Cluj-Napoca, 2016; *Starea de excepție*, Editura Idea, Cluj-Napoca, 2018; *Homo Sacer*, Editura Idea, Cluj-Napoca, 2008; *Împărăția și gloria*, editura Tact, Cluj-Napoca, 2017.

funcționează în discursurile juridice fără să fie nevoie de a trimite la *altceva*, nu au referințele deja fixate și consacrate?

Ab initio, Agamben le plasează în centrul construcției juridico-politice a gândirii europene.

Fiecare dintre aceștia se prezintă precum „un concept-prag, un hibrid al realității și discursului, al faptelor și dreptului, furnizând filosofiei și științei occidentale [și religiei] unul dintre termenii săi fundamentali” (p. 5). Conceptul-prag are statut de pendulare între un aspect material și unul conceptual, marcând momentul în care „ceva” trece din sfera realității în cea a dreptului.

II. Causa

Causa semnifica atât procesul, cât și motivul/izvorul generator/cauzator al procesului (sensuri reținute și în prezent). La fel, *culpa* indica fapta imputabilă (în niciun caz modul de săvârșire a unei fapte, fie că era delict civil sau penal), dar și neglijența cu care cineva comitea o faptă. *Crimen* îngloba atât acuzația (dar nu acuzația în sens formal, pe care romanii o numeau *nominis delatio*), cât și crima (infracțiunea am spune noi).

Dar Agamben nu este interesat doar de sublinierea unor etimologii sau sensuri originare, ci de evidențierea unor trăsături esențiale ale dreptului roman: regula de drept se edifica raportat exclusiv la acțiune, la faptă, nu la imperative sociale, deziderate politice sau valori morale. Acestea intervin într-o perioadă târzie a Imperiului, odată cu creștinismul, care dezleagă subiectul de acțiune, legându-l de voință (vom reveni asupra chestiunii).

Chiar dacă pare un termen clar, nu există nicio etimologie a termenului latin *causa*, filologii depistându-l pentru prima dată de-abia la Cicero (*causa appello rationem efficiendi, eventum id quod est effectum*), dar și folosit în sens de „cauză a unei părți în proces, sau chiar proces”. Odată cu Aristotel se sedimentează în cultura europeană o tipologie care va modela atât sensul, cât și semnificațiile familiei sale semantice (cauză: materială, formală, eficientă și finală. Nota bene: în dezbaterile cu privire la cauzalitate în drept, când e vorba de răspunderea delictuală sau de infracțiuni, se revine la o taxonomie aristotelică, doctrina juridică adoptând limbajul și schema sa de gândire pentru explicarea cauzalității. Este ca și cum știința din ultimele două secole ar rămâne tăcută pentru juriști, în condițiile în care fizica și metafizica lui Aristotel nu mai prezintă niciun interes pentru omul de știință din prezent. Să fie oare cumva faptul că de fapt dreptul nu folosește noțiunea de cauzalitate din știință??). Așadar, *causa* semnifica atât procesul, cât și izvorul generator al procesului, concept-prag auto-referențial, pragmatic, similar performativelor din jocurile de limbaj semiotice, în care semnificația termenului este cuprinsă imanent în exprimarea acțiunii.

III. Culpa

Un termen similar este și cel de *culpa*, care în sursele justiniene are sensul generic de faptă imputabilă, indicând că un fapt poate fi atribuit în sferă juridică unei persoane care trebuie să-i suporte consecințele. Totuși, pe de altă parte, *culpa* semnifica în linii mari

neglijența cu care cineva comitea o faptă. La fel, vorbim de un concept-prag, care nu fixează o realitate, ci indică punctul de la care un anumit comportament devine imputabil subiectului. Așadar, nimic substanțial de genul „vinovăției” sau formelor acesteia, așa cum înțelegem conceptul în prezent. Totuși, această fixare a semnificației este doar aparentă, *culpa* neapărând în textele juridice decât foarte târziu în dreptul roman. În Legea celor XII table sunt indicate exemplificări ale unor fapte ilicite (e.g. *si membrum rupsit... talio est* – dacă cineva rupe membrul cuiva... va fi pedepsit). *Culpa* ajunge să capete consistență juridică odată cu consacrarăa lui *dolus*, care semnifică intenția frauduloasă, culpa fiind desemnată pentru faptele comise din neglijență (Digeste 50, 16, 226: *magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est*, ceea ce semnifică introducerea unei gradații a vinovăției în cadrul general al răspunderii). De-abia în Evul Mediu, cu postglosatorii (taxonomia postglosatorilor este preluată de dreptul modern *qua* romană, aspect asupra căruia nu știm să existe vreo reflecție atentă; deci, alt context, alte coordonate istorice...), are loc ampla sistematizare a gradației, prin introducerea termenilor: *culpa latissima, latior, lata, levis, levissima*.

Există o tendință de a interpreta această transformare în sensul unei evoluții cumulative, progresive, care culminează în moderna schemă-concept de inspirație kantiană, aflată la baza concepției liberale asupra subiectului juridico-politic european, conform căreia responsabilitatea este fundamentată în libera alegere. De fapt, dacă privim mai îndeaproape, acest proces este unul de „interiorizare a vinovăției, care nu a extins libertatea subiectului în niciun fel. Conexiunea dintre agent și acțiune, definită originar exclusiv factual, este acum fundamentată într-un principiu inerent subiectului, și anume subiectul culpabil. Aceasta înseamnă că vinovăția a fost dislocată de acțiune către subiectul care, dacă el sau ea a acționat *sciente et volente*, poartă întreaga responsabilitate pentru ea” (p. 9).

În acest punct, Agamben „despică” întreaga istorie a dreptului într-o falie aproape ireconciliabilă. În spatele venerabile culpe s-a interpus de fapt o istorie creștină care i-a deturnat totalmente sensul. Este efectiv fals istoric să folosim termenul culpă în maniera în care o facem și să subliniem că aceasta ar păstra ceva din tradiția romană.

IV. Subiect culpabil

Așa cum se întâmplă cu multe alte concepte și sintagme din dreptul, acestea au fost folosite pentru a justifica construcțiile juridico-politice începând cu Evul Mediu până în prezent, trecând prin Renaștere și modernitate, dar fără a li se păstra sensul originar.

Primatul „subiectului culpabil” în cultura juridică europeană² nu i-a scăpat unui important teoretician al sec. al XX-lea, Carl Schmitt. El a criticat reducerea subiectului de drept la o categorie psihologică, deși a fost conștient că o eliminare a acestei dimensiuni psihologice pune în discuție preceptul fundamental, conform căruia nu poate exista pedeapsă fără vinovăție. Pentru Schmitt, nu există nicio problemă în a afirma că pedeapsa precede

² Amintim doar în treacăt de Friedrich Nietzsche, maestrul absolut al denunțării și criticii la adresa ideii de subiect culpabil.

vinovăția pentru că nu ar exista vinovăție dacă nu ar fi pedepsită³. De aceea, cea mai simplă manieră de a elimina infracțiunea din lume ar fi eliminarea codului penal (concluzie ipotetică extremă am spune noi, dar coerentă în linia sa de argumentație). Principiul „nu există pedeapsă fără vinovăție” ar fi citit atunci „nu există vinovăție fără pedeapsă”. Pentru Schmitt, vinovăția este „un principiu în mod esențial intersubiectiv” pentru că dreptul, atunci când interpretează fapta, infracțiune sau delict, nu pleacă de la un proces psihologic (deși afirmă acest lucru prin formulări de genul „reflectarea în conștiință”; formulare primitivă de altfel, ce se sprijină pe asumția deja depășită în alte discipline conform căreia mintea ar fi ceva inert, de tipul unei oglinzi, asupra căreia se (r)atașează, lipesc, suprapun fenomenele lumii externe), ci de la ceea ce este externalizat în mod obiectiv. Totuși, ceea ce este exteriorizat nu este judecat de drept pentru obiectivitatea sa, ci pentru mișcarea psihică internă din care a plecat. Ceea ce vrea să spună Schmitt aici este că dreptul analizează fapta prin prisma efectelor pe care le produce, devierea de la prescripția legală, pentru necesitatea de a atribui fapta unui subiect și proceselor sale de conștiință. Este doar aparent că dreptul se interesează în mod esențial de psihicul subiectului, ceea ce rămâne important este funcția de *atribuire* a comiterii faptei unui subiect, proces care intervine în mod secundar.

Din punctul nostru de vedere, acesta fiind și motivul pentru care am stăruit în această analiză, există o simetrie în maniera de elaborare a conceptului de vinovăție, indiferent dacă ne referim la infracțiuni sau la fapte ilicite care intră sub incidența răspunderii delictuale, deși *prima facie* nu le-am putea suprapune conceptual (dacă mai toate sistemele de drept occidentale diferențiază net între ele, dreptul românesc operează o joncțiune între sfera civilă și cea penală prin intrarea în vigoare a Codului civil în 2011, reglementând conceptul de vinovăție- art. 16 C.civ.- față de care redactorii Codului afirmă candid că prin aceasta se operează o unificare terminologică; identificăm în această joncțiune tendința de a subiectiviza și psihologiza cât mai mult dreptul, de a accentua asupra ideii de „subiect culpabil”, de a-i ratașa cât mai multe filiații de sorginte creștină, în răspărul dreptului francez de la care aparent se revendică. *E.g.* francezii ar găsi stranie introducerea în Codul lor civil a termenului *culpabilité*, deși acesta apare o singură dată, în sintagma „déclaration de culpabilité” incidentă în materia succesiunilor, nicidecum în răspunderea civilă).

În cultura juridică europeană s-a produs o mutație atunci când de la culpa romană, nesubstantivată, relațională, faptică (culpa nu poate și nu trebuie înțeleasă în realitate decât ca o faptă culpabilă) s-a ajuns la un concept substanțial de vinovăție *care spune ceva despre subiect*.

V. Crimen

În strânsă legătură cu *culpa* și *causa* stă termenul *crimen*. Tot un concept-prag, căci înglobează atât acuzația (dar nu acuzația în sens formal, pe care romanii o numeau *nominis delatio*), cât și crima (infracțiunea am spune noi). *Crimen* este acțiunea dusă la sfârșit (*crimen*

³ Aspect bine cunoscut în creștinism: Romani 7:7 – Păcatul nu l-am cunoscut decât prin Lege. De pildă, n-aș fi cunoscut pofta, dacă Legea nu mi-ar fi spus: „Să nu poftesti!”

proprie dicitur id quod factum est), cu condiția ca anumite consecințe să-i fie atașate și care o fac imputabilă. Cu alte cuvinte, *crimen* este „forma pe care o ia acțiunea umană când este imputată și chemată în cauză (*in causa*) în ordinea răspunderii și a dreptului”.

În limbile indo-europene, *crimen* provine cel mai probabil din termenul sanscrit *karman* (de unde și titlul cărții), și semnifică muncă în general (bună sau rea), sau acțiune. Conform indologilor, *karman* implică în mod esențial legătura dintre acte și consecințele lor. Agamben trasează liniile acestei filiații, dar nu reținem aici decât una dintre concluziile sale: „*crimen*, ca acțiune-sanționată, stă la fundația nu doar a dreptului, ci și a eticii și religiei Vestului⁴” (p. 29).

VI. Voință și liber arbitru

Mutația de care vorbeam mai sus corespunde unei transformări mult mai profunde din cultura europeană, prin creștinism: trecerea de la potențial la voință, de la predominanța verbului „eu pot” la verbul modal „eu vreau” (iar ulterior la „eu trebuie”)⁵. Cultura Antichității era eminentamente a oamenilor care „puteau”, care-și concepeau gândurile și acțiunile în dimensiunea potențialului; odată cu creștinismul apar oameni care vor (p. 49).

Nouă ni se pare chestiunea importantă pentru istoria⁶ dreptului, dar Agamben este interesat de ea pentru alt motiv, și anume că reprezintă unul dintre cele mai inconsistente capitole ale teologiei creștine. Sfinții Părinți au extras concepția despre voință dintr-un melanj de gândire greacă antică târzie, folosind gnosticismul, hermetismul, iudaismul, stoicismul și neoplatonismul. Voința operează ca un dispozitiv al cărui scop este să dea seama cu privire la ceea ce oamenii pot face. Voința liberă sau liberul arbitru (*liberum arbitrium*) apare în literatura greacă drept capacitatea de a decide cu privire la propriile acțiuni, într-un context moral și juridic (în fond, *arbitrium* este decizia lui *arbiter*, judecătorul din proces - *arbiter dicitur iudex, quod totius rei habet arbitrium et facultatum*). De-abia cu Sfinții Părinți termenul de liber arbitru este mutat din context și plasat într-unul creștin, desemnând stăpânirea voinței raportată la originea răului și responsabilitatea pentru păcat (o interesantă clarificare cu privire la liberul arbitru, căruia îi uitasem originea!).

Cu Sf. Augustin și Anselm de Canterbury voința, iar liberul arbitru este expresia sa cea mai rafinată, trebuie modulată exclusiv conform scopului pentru care ea a fost dată omului de D-zeu: a face bine. De aceea, în întrebarea Sf. Augustin- „Ce este mai prezent voinței dacă nu voința însăși?” (*De libero arbitro*) depistăm în istoria Occidentului afirmarea legăturii dintre voință și responsabilitate. Doar o voință care acționează conform imperativelor voinței poate reprezenta un standard pentru acțiunea umană responsabilă. Concepția creștină asupra voinței, preluată de etica modernă (pe filieră kantiană trebuie să adăugăm), reprezintă o „absolutizare peremptorie a verbului modal <eu vreau>” (p. 50), și se sprijină

⁴ Nu știm dacă folosirea termenului „Vest” indică de fapt o noțiune mai amplă de Europa sau dacă nu cumva se referă exclusiv la Vest, apreciind că la baza Estului ar sta altceva, o moștenire de sorginte răsăriteană, adică bizantină.

⁵ Bineînțeles, simplificăm o discuție căruia Agamben îi acordă spațiu și o argumentează riguros, trecând prin concepțiile grecilor antici, a lui Aristotel, figură pivotală în această discuție, a creștinilor.

⁶ Într-o înțelegere mult mai largă a istoriei, nu centrată pe evenimente sau figuri, adică o istorie romantică, de secol al XIX-lea, ci una mult mai conceptuală, istoriografică.

pe formula „eu vreau să vreau”.

VII. Voința juridică

Această discuție este relevantă în planul edificării conceptului de voință juridică. Voința juridică nu se bazează pe potențialități, ci pe o sistematizare a voinței conturată de sistemul juridic, față de care ființa umană trebuie să-și adapteze conduita așa cum creștinul trebuie să-și aplice libera voință asupra acțiunilor sale, adică circumscrise unui scop deja dat, efectelor juridice acceptate de drept, *recte* faptelor bune acceptate de D-zeu.

Modul în care Agamben dezbate problema voinței ne duce cu gândul la ceea ce noi înțelegem în prezent prin voință juridică. Cum o putem interpreta în cheie agambiană? Știm că aceasta se constituie plecând de la un aparent proces de abstragere a voinței juridice din voința psihologică a persoanei, care trebuie exteriorizată (*nuda cogitatio* neavând relevanță în planul atragerii răspunderii decât în cazuri mult prea limitative pentru a infirma regula) și care pleacă de la reprezentarea intelectuală a rezultatelor pe care dorește să le obțină. În cazul dreptului civil, motivul procesului de deliberare constituie scopul (sau cauza) actului juridic. Această descriere standard a voinței juridice cu care sunt familiarizați profesioniștii dreptului ar fi șocantă pentru un filosof, cu precădere echivalarea scopului cu cauza. Este ca și cum dreptul este singura disciplină capabilă să creeze o realitate multidimensională în care un punct de plecare este identic cu unul de ajungere, deși s-a parcurs o distanță anume. O cauză nu poate fi scop prin definiție în nicio disciplină științifică, dar iată că dreptul a reușit să creeze un dispozitiv intelectual prin care o asemenea construcție să fie posibilă.

Nota bene: nu este vorba de o construcție terminologică care a fost perpetuată fără cunoștință de cauză de teoreticienii dreptului. În mecanismul construcției voinței juridice ni se pare că această suprapunere este făcută posibilă. Dreptul reține ideea voinței psihologice exteriorizate având deja *a priori* conceptul de voință juridică în fundal. Voința psihologică manifestă (realitate materială) este de fapt voința juridică (concept abstract) reflectată în voința psihologică manifestă și identificată drept voință juridică de cel care operează calificarea juridică (în treacăt fie vorba, aici putem identifica încă o instanță specifică sistemului de drept continental, conceptualist și apriorist). Cu alte cuvinte, dreptul modern preia concepția creștină a lui „eu vreau să vreau”, a voinței-pentru-voință, sistematizând tipologiile de manifestare a voinței (răspunderea juridică, actul juridic, infracțiunea etc.) și decuplând-o de realitățile materiale ale voinței ca atare. Așa cum creștinul este pus în fața imperativului de a-și folosi voința pentru scopul căruia i-a fost dat, aceea de a face bine, așa modernul este pus în fața unui sistem de drept care îi spune cum să-și manifeste în realitate voința psihologică (de fapt continuumul dintre gândire și faptă), în caz contrar fiind angajată o formă de răspundere juridică.

Concluzii

Agamben ne trimite la surse și momente nodale ale istoriei, „urme” ale dreptului antic

prezente în dreptul modern, urme care încearcă să rămână prezente și care amintesc de faptul că între acțiune și responsabilitate (conjuncție-sursă a eticii europene de sorginte greco-romană) nu se găsește nimic de genul unui „subiect culpabil”, o ipoteză care poate lipsi dintr-o analiză juridică, chiar dacă o îndelungată tradiție de sorginte creștină a încercat să-i impună o altă direcție. Prin tipul de cercetări de tipul celor agambiene, genealogice, nu doar că readucem în discuție semnificațiile latente ale unor concepte, dar și (re)descoperim importanța pe care dreptul a avut-o în modelarea religiei, filosofiei, politicii, într-un raport diferit față de cel considerat până în prezent.

Practica dreptului a reprezentat o multiplicitate de practici care refuză constant înregimentării conceptuale, sistematizărilor teoretice ale materiei (importante din punct de vedere pedagogic, deși transformate uneori în scop în sine). Conceptele-prag ne (re)aduc aminte de faptul că dreptul nu s-a putut niciodată rezuma la *theoria*, dar nici nu s-a disipat în eterogenitatea *praxisului*, a faptelor contingente, solicitând constant „împachetări” conceptuale (compilații, codificări etc.). Această pendulare presupune refuzul constant al tendinței conservatoare de a reifica regula de drept și de a concepe sistemele juridice reactiv, ca monolit de menținere a unui *status quo* iluzoriu din punct de vedere istoric.

Constatarea contravențiilor rutiere prin sistemul automatizat de supraveghere a traficului în Republica Moldova

The detection of road traffic contraventions through the automated traffic surveillance system in the Republic of Moldova

Conf. univ. dr. **Oleg PANTEA***
Universitatea de Stat din Moldova
Facultatea de Drept

Abstract

This publication refers to some theoretical and practical aspects regarding the detection of road traffic contraventions through the automated traffic surveillance system. It was analyzed the issue of the gaps in the normative acts that regulates the activity of the automated traffic surveillance system, also problems concerning the updating and the management of the stored information. A separate clue was dedicated to the legal analysis of the contraventions in the domain of the road traffic detected through the automated traffic surveillance system. Through the logical ordering of the issues addressed, we wanted this work to be useful for citizen (especially the drivers), the legal issues being treated objectively and not only from the point of view of the contravener or the finding agent.

Keywords: *contravention; road traffic; information system; finding agent; personal data; video monitoring; legal norm; traffic; public/ order security.*

Rezumat

În această publicație s-a făcut referință la unele aspecte teoretico-practice privind constatarea contravențiilor rutiere prin sistemul automatizat de supraveghere a traficului circulației. A fost abordată în detaliu problematica lacunelor în actele normative ce reglementează activitatea sistemelor de supraveghere video, problemele identificate în legătură cu actualizarea și administrarea informațiilor stocate. Un indiciu separat l-am dedicat analizei juridice a contravențiilor în domeniul circulației rutiere constatate prin

* panteaoleg@gmail.com

intermediul sistemului automatizat de supraveghere a traficului. Prin ordonarea logică a problemelor abordate am dorit ca această lucrare să fie utilă și cetățeanului (în special conducătorilor auto), problemele juridice fiind tratate obiectiv și nu doar din punctul de vedere al contravenientului ori al agentului constatator.

Cuvinte-cheie: *contravenție; trafic rutier; sistem informațional; agent constatator; date personale; monitorizare video; normă juridică; circulație rutieră; securitate/ordine publică.*

Introducere

Contravențiile în domeniul circulației rutiere reprezintă în toate statele lumii moderne o mare parte dintre contravențiile care se comit pe teritoriul unui stat. Odată cu evoluția fără precedent a transporturilor terestre în ultimele decenii, s-a conturat și o creștere semnificativă a numărului de încălcări a dispozițiilor rutiere. Aceeași situație este prezentă în Republica Moldova. Numai în cursul ultimului an în țara noastră au fost constatate 243139 cazuri contravenționale în domeniul circulației rutiere, dintre care în 1401 șoferul era în stare de ebrietate, 46332 pentru depășirea limitei de viteză, în 794 de cazuri șoferii au părăsit locul accidentului¹. Chiar dacă situația este mult mai bună decât era cu zece ani în urmă, totuși cifrele prezentate trebuie să pună pe gânduri autoritățile statului, pentru a întreprinde toate măsurile de rigoare ce se impun pentru îmbunătățirea situației rutiere.

Astăzi, foarte mulți șoferi nu semnalizează când schimbă direcția de mers, nu poartă centură de siguranță sau trec la culoarea roșie a semaforului. Aparent, aceste fapte nu sunt foarte grave, dar ele pot atrage după sine urmări foarte grave, iar în unele cazuri chiar periculoase pentru viața și sănătatea persoanelor. Potrivit analizei situației accidentelor în traficul rutier, în perioada 01.01.2018 – 01.10.2018, au fost înregistrate 1888 accidente, în care 203 persoane au decedat, iar altele 1274 au suferit diferite traumatisme.²

Astfel, majoritatea țărilor și-au intensificat eforturile de reglementare a acestei materii, care au influențat ulterior deciziile altor state, deoarece legislația veche era mult prea greoaie pentru aplicarea dispozițiilor legislației rutiere multitudinii de abateri existente. S-a optat pentru proceduri rapide și suplă de constatare a acestora și de aplicare a sancțiunilor corespunzătoare. Statele, care la ora actuală mențin contravenția în sfera dreptului penal, cum este cazul Franței, au stabilit o procedură specifică de constatare și sancționare a contravențiilor în domeniul circulației rutiere prin instituirea unor norme derogatorii de la dreptul contravențional comun.

Rezultate și discuții

¹ A se vedea: pagina web a Biroului Național de Statistică al Republicii Moldova (www.statistica.md/ <http://www.statistica.md/newsview.php?l=ro&id=5981&idc=168>), accesat la 06.11.2018.

² A se vedea: pagina web a Inspectoratului General al Poliției (www.politia.md/), accesat la 04.11.2018.

Pentru facilitarea procesului de constatare a încălcărilor în domeniul traficului rutier comise de conducătorii de vehicule, strângere a probelor pentru soluționarea cauzei și tragerea la răspundere a persoanei vinovate, în țările dezvoltate au fost instalate Sisteme de supraveghere foto/video a traficului rutier. Scopul inovațiilor tehnologice și modificărilor legislative operate a fost „prevenirea anumitor fapte social-periculoase, care ar putea afecta circulația pe drumurile publice, siguranța conducătorilor auto, siguranța pietonilor, dar și altor persoane implicate în trafic”.

În Republica Moldova a fost creat Centrul Unic de Monitorizare și Control al Traficului (CUMCT). Acest proiect a luat naștere în urmă cu cinci ani, când au fost montate primele camere de luat vederi pentru monitorizarea traficului foto/ video. Proiectul a fost dezvoltat ulterior și în alte localități ale republicii. În cursul unui an calendaristic sistemul a înregistrat peste 15000 contravenții în domeniul circulației rutiere. Apoi, la 17.11.2014 a fost instituit Sistemul automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului”³, care stabilește procedurile și mecanismul de înregistrare și evidență a informației acumulate în cadrul supravegherii în regim automatizat a circulației rutiere pe drumurile publice cu mijloacele tehnice speciale software și hardware ale Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere, precum și reglementează cerințele față de protecția datelor în procesul de colectare, actualizare, păstrare, prelucrare și schimbului autorizat de date cu alte sisteme informaționale.

Ca orice proces nou, Sistemul de monitorizare a traficului rutier a fost creat și s-a dezvoltat cu mari dificultăți, atât de ordin tehnico-juridic, cât și probleme legate de administrarea sistemului. Cel mai grav ce s-a putut întâmpla este că *prevederea legală n-a fost aplicată exact așa cum era prevăzută în actul normativ și cu finalitatea urmărită prin acel act*, norma nu s-a aplicat în spiritul și litera ei.

Într-un Raport de audit al Curții de Conturi din 5 aprilie 2017 „Managementul sistemelor de supraveghere a traficului rutier”, **se menționează:** „... chiar dacă prin implementarea Sistemelor video de monitorizare a traficului s-a urmărit creșterea securității traficului rutier, respectiv diminuarea morbidității și mortalității cauzate de accidentele rutiere, în realitate rezultatul propus nu a fost atins...”⁴

Lista omisiunilor juridice și de aplicare practică a Sistemului de supraveghere a traficului o putem continua cu altele:

- funcționarii din cadrul Serviciului tehnologiei informaționale a INP neavând statut de agenți constataitori, au documentat și aplicat sancțiuni pentru contravenții în domeniul circulației rutiere (în perioada ianuarie 2014- noiembrie 2016);

- întocmirea proceselor-verbale ulterior sancționării sau executării sancțiunii (după recepționarea prin poștă a citației de la CUMCT persoana avea posibilitatea să execute sancțiunea contravențională, folosind „codul de bare”). După data de 7 august 2017 codul de bare din citație a fost exclus, iar **contravenientul trebuie** să se prezinte la CUMCT sau

³ A se vedea: Hotărârea Guvernului nr. 965 din 17.11.2014 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și funcționarea Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului” și modificarea Concepției Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului”.

⁴ A se vedea: Raportul de audit al Curții de Conturi <http://www.ccrm.md/3627-1-auditul-managementul-sistemelor-de-supraveghere-a-trafficului-rutier>.

Inspectoratele de Poliție teritoriale din raza de domiciliu, pentru a întocmi procesul-verbal cu privire la contravenție, după care contravenientul va putea executa hotărârea (de exemplu, achitarea amenzii);

- lipsa unui mecanism juridic privind monitorizarea executării sancțiunilor pecuniare aplicate contravenienților, în contextul art. 443¹ Cod contravențional.

Pentru dezvoltarea Sistemului de supraveghere, la 25 mai 2017 a fost aprobat un Regulament privind funcționarea Modulului E-Data „Evidența contravențiilor din domeniul circulației rutiere, a persoanelor care le-au săvârșit și a punctelor de penalizare”. Modulul este destinat automatizării, actualizării informațiilor în proces de documentare a contravențiilor rutiere, precum și de întocmire a citațiilor.⁵ Acest modul fusese elaborat de Ministerul Tehnologii Informaționale și preluat de MAI.

Lacune stabilite în procesul de utilizare a informațiilor prin modulul E-Data:

- Lipsa unei proceduri interne privind „crearea, funcționarea, dreptul de acces și gestionare” a respectivului sistem informațional, cu stabilirea unui control extern riguros.

- Instituirea unor atribuții discreționare pentru agenții de patrulare prin acte departamentale, contrar prevederilor art. 443¹ Cod contravențional. Potrivit prevederilor Codului contravențional, dacă fapta a fost constatată cu ajutorul mijloacelor tehnice certificate ori omologate, procesul verbal, are forma unui document electronic și poate fi încheiat și în absența făptuitorului. Ori, Ordinul INP nr. 38/2016 și Dispoziția șefului INP nr. 226/2016 stipulează dreptul agentului de patrulare „*de a dispune, fie întocmirea procesului-verbal cu privire la contravenție, fie înmânarea unei citații (conform prevederilor art. 382 Cod contravențional) privind prezentarea conducătorului auto la sediul CUMCT. În cazul refuzului conducătorului auto de a primi citația, acestuia i se va întocmi un proces-verbal privind refuzul de a primi citația sau de a semna dovada de primire a citației*”. Această reglementare internă acordă o discreție mare agentului de patrulare, întrucât un conducător auto care a încălcat regulile de circulație este pasibil de a fi sancționat contravențional, iar în cazul în care nu este de acord cu faptele constatate, poate contesta actul agentului de patrulare.

- Instituirea prin Ordinul INP nr. 38/2016 a unui document suplimentar, întocmit la propria apreciere a agentului de patrulare, în lipsa unei evidențe stricte. Este vorba despre așa numitul „*proces-verbal privind refuzul de a primi citația sau de a semna dovada de primire a citației*” un act neprevăzut de Codul contravențional, dar menționat de art. 239 Cod de procedură penală al Republicii Moldova. Confuzia rezultă din însăși alternativa care este acordată agentului de patrulare prin actele departamentale, de a decide fie asupra întocmirii procesului-verbal contravențional, fie asupra înmânării citației în adresa CUMCT, unde la fel i se va întocmi un proces-verbal contravențional. Cu toate acestea, refuzul primirii citației de către făptuitor, nu reprezintă nicidecum o garanție a primirii sau recepționării „procesului verbal de refuz a primirii citației”. În concluzie, conchidem că întocmirea unui asemenea document, neînregistrat în nici un registru, nu poate asigura scopul elabo-

⁵ A se vedea: ordinul MAI nr.145 din 25.05.2017 pentru aprobarea Regulamentului privind funcționarea Modulului E-Data „Evidența contravențiilor din domeniul circulației rutiere, a persoanelor care le-au săvârșit și a punctelor de penalizare” al Sistemului informațional automatizat „Registrul informației criminalistice și criminologice”.

rării și instituirii aplicației E-Data, acela de a exclude eschivarea conducătorilor auto de la achitarea sancțiunilor pecuniare. Ori constatarea unor încălcări anterioare, neexecutate și întocmirea unui proces-verbal contravențional, un act de strictă evidență, cu posibilitatea contestării acestuia în temeiul art. 443 alin. (9) Cod contravențional, ar oferi o garanție suplimentară la realizarea scopului propus.

- Caracter funcțional limitat și discriminator al informațiilor incluse în sistemul E-Data, datorat lipsei acoperirii teritoriale pentru întreg teritoriul Republicii Moldova. Informațiile din sistem vizează doar încălcările admise de conducătorii auto în raza municipiului Chișinău, unde funcționează sistemul automatizat video de monitorizare a traficului rutier. Încălcările comise de conducătorii auto în afara capitalei, nu pot fi vizualizate și invocate făptuitorilor.⁶

Pentru eliminarea deficiențelor menționate se propune:

- Elaborarea unei proceduri interne privind „crearea, funcționarea, dreptul de acces și de gestionare” a respectivului sistem informațional;

- Instituirea unui control extern din partea Inspectoratului General al Poliției asupra modului de accesare și utilizare a datelor cu caracter personal de către agenții de patrulare, prin desemnarea unei persoane responsabile din cadrul instituției ierarhic superioare cu drept de verificare;

- Revizuirea actelor departamentale și excluderea conflictelor de norme și a prevederilor abuzive, ajustarea acestora la prevederile Codului contravențional (Ordinul INP nr. 38/2016 și actele interne adiționale).⁷

- Sistemul de monitorizare și management al traficului trebuie să aibă și o arie de aplicare mult mai complexă decât este acum, aliniată standardelor europene: comunicație informațională lărgită, folosirea senzorilor la recunoașterea/detectarea numerelor de înmatriculare, controlul zonelor cu risc înalt de accidente și circulație intensă (școli, instituții publice), implicarea activă a autorităților publice locale.

Analizând cu atenție prevederile actuale ale Codului contravențional, art. 443¹ „Constatarea contravențiilor cu ajutorul mijloacelor tehnice certificate ori al mijloacelor tehnice omologate și verificate metrologic și încheierea procesului-verbal în cazul acestor contravenții”, constatăm și alte lacune destul de grave și anume, la alin.1 al aceluiași articol „... *agentul constatator expediază la domiciliul (adresa juridică) proprietarului sau al posesorului vehiculului solicitarea privind depunerea declarației cu privire la identitatea conducătorului vehiculului, cu publicarea concomitentă a solicitării respective pe pagina web oficială a autorității din care face parte agentul constatator*”. Aplicarea de către funcționarii CUMCT a normei respective ar încălca grav alte prevederi ale regimului datelor cu caracter personal prevăzut în art.4 și 5 al Legii privind protecția datelor cu caracter personal din 08.07.2011. Prelucrarea datelor cu caracter personal se efectuează doar în anumite cazuri/condiții

⁶ A se vedea: Raport CNA privind rezultatele evaluării riscurilor de corupție desfășurat în cadrul Inspectoratului Național de Patrulare, subdiviziune specializată din subordinea Inspectoratului General de Poliție <https://www.cna.md/libview.php?!=ro&idc=5&id=1669&t=%2FMass-media%2FComunicate-de-presa%2FMultiple-riscuri-de-corupție-depistate-de-CNA-in-procesul-de-evaluare-a-INP&fbclid=IwAR2AIYLqwsqgsHassqs5DFxiYFE5IZsfQgibjtF1v8bx6cJOj1o1klmXpU>.

⁷ Ibidem.

expres prevăzute de lege, însă prevederile art. 443¹ CC nu se includ în aceste condiții.

Dincolo de problemele identificate, dispozitivele de supraveghere sunt absolut necesare pentru a spori siguranța traficului rutier. Ele sunt necesare, atât în procesul de constatare a contravențiilor, cât la cercetarea cazurilor și luarea deciziilor (mărirea imaginilor, captarea secvențelor video, utilizarea informațiilor stocate).

Prin intermediul CUMCT se constată următoarele tipuri de contravenții în domeniul circulației rutiere:

- *Depășirea vitezei de circulație stabilită pe sectorul respectiv de drum (art. 236 al. (1), (2) și (3) Cod contravențional);*

- *Nerespectarea indicatoarelor de semnalizare rutieră și de acordare a priorității de trecere, a altor reguli de circulație rutieră (art. 240 al. (1) și al. (2) Cod contravențional (încălcarea marcajului longitudinal 1.1.1., 1.12, trecerea la culoarea roșie a semaforului, nerespectarea indicatorului rutier STOP).*

Anterior, la momentul lansării proiectului, prin intermediul softului instalat puteau fi constatate și contravențiile prevăzute la art. 235 Cod contravențional „încălcarea regulilor de folosire a centurii de siguranță”, dar din cauza disputelor în instanțele de judecată, s-a decis să nu mai constate asemenea abateri prin CUMCT, decât în prezența fizică a angajatului rutier. La examinarea cazurilor de necuplare a centurii de siguranță, funcționarul Centrelor trebuia să mărească imaginea captată până când identifica fața contravenientului, respectiv ceea ce se petrece în interiorul autovehiculului este considerată viața privată a persoanei. În luna decembrie 2014 judecătoria Centru din Chișinău a adoptat și o decizie controversată pe marginea unei sesizări depuse de către o asociație obștească, stabilind că prin utilizarea sistemului informațional de monitorizare a traficului rutier autoritățile încalcă dreptul la viața privată a cetățenilor. Instanța de judecată a interzis Ministerului Afacerilor Interne să exploateze camerele video de supraveghere a circulației rutiere. Apoi, prin hotărârea Curții de Apel decizia primei instanțe a fost anulată, camerele de supraveghere video a traficului rutier fiind considerate absolut legale.

În aceeași ipostază, considerăm că CUMCT ar putea constata și alte încălcări ale Regulamentului circulației rutiere, cum ar fi secțiunea 8, pct.34, lit.(1) „Pentru atenționarea altor participanți la trafic și pentru semnalizarea vehiculelor în cazul deplasării pe timp de zi, trebuie pusă în funcțiune lumina de întâlnire sau lumina de deplasare în lunile 1 noiembrie – 31 martie”.⁸ Numai că, în Codul contravențional nu este reglementată astfel de abatere contravențională (poate relativ la art. 240, al.(1)). Anterior era în vigoare art. 240 alin. 3 din Codul contravențional, destinat pentru alte încălcări ale circulației rutiere, care a fost abrogat din considerentul că erau prea multe norme ale Regulamentului circulației rutiere care se atribuiu la acest articol. În prezent, pentru aceste încălcări agentul constator maximum ce poate aplica, în calitate de măsură de prevenire, este un avertisment verbal.

În rezultatul unei analize efectuate în privința cauzelor accidentelor rutiere s-a constatat că majoritatea accidentelor produse în perioada rece a anului sunt anume din cauza vizibilității reduse în timpul deplasării. Astfel, este necesar introducerea unei norme în Codul contravențional, un aliniat suplimentar la art. 240, „încălcarea regulilor de echipare a autove-

⁸ Hotărârea Guvernului RM nr. 357 din 13.05.2009 cu privire la aprobarea Regulamentului circulației rutiere.

hiculelor și folosire a dispozitivelor de iluminare în perioada lunilor 1 noiembrie – 31 martie”. Totodată, aceste abateri ar putea fi constatate inclusiv prin intermediul dispozitivelor CUMCT.

Conținutul constitutiv al contravențiilor constatate de CUMCT.

Fundamentul juridic pentru calificarea faptei antisociale concrete și încadrarea ei în condițiile articolului (părții lui) concret din Codul contravențional îl reprezintă componența contravenției (obiectul, latura obiectivă, subiectul, latura subiectivă).

În opinia sociologului american Thorsten Sellin, „Cunoașterea și cercetarea comportamentul uman - este ceva indeterminabil...”⁹

Pornind în analiza noastră de la general spre particular, menționăm că *obiectul juridic generic* al contravențiilor prevăzute în art. 236 și 240 Cod contravențional, adică valorile sociale protejate de aceste norme, este reprezentat de *securitatea circulației rutiere*. De fapt, aceasta constituie obiectul generic al majorității normelor contravenționale în materia circulației rutiere, cu mici excepții de la normele, care se referă inclusiv la securitatea pietonilor (art. 238 Cod contravențional).

Obiectul juridic specific al contravențiilor date este interdependent, direct sau indirect, cu obiectul generic și rezultă din acesta. Obiectul specific este valoarea concretă ocrotită de norma juridică și relațiile sociale generate de aceasta. La art. 236 CC, obiectul specific este reprezentat de relațiile sociale cu privire la respectarea vitezei de circulație stabilită pe sectorul respectiv de drum, iar la art. 240 CC - relațiile sociale privind respectarea indicatoarelor de semnalizare rutieră și acordare a priorității de trecere, a altor reguli de circulație rutieră.

Latura obiectivă a contravențiilor, adică fapta propriu-zisă, se manifestă doar prin *acțiune* - depășirea vitezei stabilite sau prin nerespectarea indicatoarelor de semnalizare rutieră.

Un rol important la cercetarea contravențiilor rutiere revine *locului și timpului* constatării. În citația expediată posesorului sau proprietarului autovehiculului este indicat - locul și timpul faptei comise. Această condiție, considerată facultativă, joacă un rol important atât pentru calificarea juridică a contravenției concrete, cât și pentru constatarea cauzelor și condițiilor abaterilor contravenționale.

Contravenția, fiind considerată o activitate ilicită, este atribuită unei anumite persoane care a încălcat obligația de conformare. Cu excepția minorilor sub 16 ani și a persoanelor iresponsabile, toți membrii societății sunt susceptibili de a săvârși contravenții, având calitatea de *subiecți* potențiali ai contravenției. În domeniul contravențiilor rutiere, pe lângă condițiile generale enumerate mai sus, subiectul, conducătorul autovehiculului, trebuie să dețină și un *drept special* (permisul de conducere). Prin urmare, subiect al răspunderii contravenționale în cazul comiterii contravențiilor date poate fi numai *persoana fizică*. În calitate de subiect general al răspunderii contravenționale persoana fizică apare la art. 232 al. (2) (conducerea autovehiculului fără permis) și art. 245 CC (încălcarea regulilor de către pietoni). În cazul contravențiilor constatate de CUMCT avem doar subiectul special.

⁹ Thorsten Sellin. *Culture Conflict and Crime*. In: American Journal of Sociology, vol. 44, No. 1 (Jul., 1938), pp. 97-103.

Una din laturile importante ale contravenției constă în atitudinea conștiinței față de fapta concepută și urmările ei. *Latura subiectiva* face parte din conținutul constitutiv al contravenției și are ca elemente componente: elementul subiectiv (vinovăția cu modalitățile sale), motivul și scopul. Ea constă în atitudinea psihică a persoanei care a săvârșit contravenția, atitudine alcătuită din elemente intelective, afective și volitive, pe baza cărora se stabilește vinovăția. În cazul ambelor articole abordate latura subiectivă se exprimă prin *intenție* - depășirea limitei de viteză sau nerespectarea indicatoarelor de semnalizare rutieră și de acordare a priorității de trecere, a altor reguli de circulație rutieră. Cu referire la art. 245 CC, admitem totuși că acțiunile făptuitorului pot fi săvârșite inclusiv din *imprudență*, atunci când făptuitorul își dădea seama de caracterul prejudiciabil al acțiunii sale, a prevăzut urmările ei prejudiciabile, dar considera în mod ușuratic că ele vor putea fi evitate. De exemplu, deplasarea autovehiculului cu nerespectarea marcajului longitudinal linia continuă pentru evitarea unei porțiuni de drum deteriorate (sau a unei gropi).

Concluzii

Creșterea securității în traficul rutier, ridicarea nivelului de responsabilizare a conducătorilor de vehicule reprezintă un interes public major, o obligație pozitivă a statului, dar și a comunității în întregime. Unitatea de transport, ca participant la trafic, reprezintă o sursă de pericol sporit, conducătorul auto având obligația de a respecta anumite reglementări impuse de autorități în evitarea riscurilor rezultate din utilizarea autovehiculelor. Or, utilizarea sistemelor automatizate moderne de supraveghere a circulației rutiere este calea cea mai eficientă de sporire a nivelului de siguranță rutieră pe sectoarele de amplasare a sistemelor respective, siguranța conducătorilor în trafic și securitatea socială. În toată lumea, aplicarea tehnologiilor avansate de supraveghere a traficului rutier a răspuns scopului propus de la început, sporind nivelul de disciplină și garantând realizarea principiului „inevitabilității” tragerii la răspundere contravențională a făptuitorilor, prin fixarea necondiționată a fiecărui caz produs.

Secțiunea de Drept privat

Considerații referitoare la Decizia nr. 60/2017,
pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție,
Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de
drept

Considerations related to Decision no. 60/2017,
pronounced by the High Court of Cassation and
Justice,
the judicial panel for settlement of legal issues

Lect. univ. dr. **Sergiu STĂNILĂ***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Prof. univ. dr. **Claudia ROȘU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The High Court of Cassation and Justice has ruled it is possible to enforce a secured claim under a valid mortgage contract, which constitutes an enforceable title, even if the right of claim itself is not found in an act which, according to the legal provisions, would be an enforceable title.

*The decision is contrary to the principle *accessorium sequitur principale*, ignoring the form and nature of the principal contract, to the detriment of the independence of the mortgage constituted by an authentic contract, although the debt does not result from the mortgage contract.*

Keywords: *act under private signature, authentic contract, enforceable title, debt, mortgage, accessory, warranty*

Rezumat

Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că este posibilă executarea silită a unei creanțe garantate printr-un contract de ipotecă valabil încheiat, ce constituie titlu executoriu, chiar dacă dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un

* sergiu.stanila@e-uvt.ro

* claudia.rosu@e-uvt.ro

înscriș care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu.

*Decizia pronunțată este contrară principiului *accessorium sequitur principale*, ignorând forma și caracterul contractului principal, în detrimentul independenței ipotecii constituită printr-un contract autentic, deși creanța nu rezultă din contractul de ipotecă.*

Cuvinte-cheie: *înscriș sub semnătură privată, contract autentic, titlu executoriu, creanță, ipotecă, accesoriu, garanție*

1. Preliminarii

Principiul de bază prevăzut de lege este cel potrivit căruia, obligația stabilită prin hotărârea unei instanțe sau printr-un alt titlu, se aduce la îndeplinire de bunăvoie.

Odată ce împotriva debitorului există un titlu executoriu, acesta ar trebui să dea dovadă de bună-credință și să execute întocmai și la timp, cele statuate. Buna-credință, l-ar scuti pe debitor de cheltuieli inutile și suplimentare, în această etapă orice amânare fiindu-i defavorabilă.

În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se aduce la îndeplinire prin executare silită.

Executarea silită, cunoscută și sub denumirea de urmărire silită, este procedura prin care creditorul, în calitatea sa de titular al dreptului recunoscut printr-un titlu executoriu, îl constrânge, cu ajutorul organelor de stat competente, pe debitorul său să își execute în mod silit obligațiile care rezultă din titlul executoriu¹.

În vederea garantării unei obligații, se poate institui o ipotecă mobilă sau imobiliară, astfel cum prevede art. 2343 C. civ.

Ipoteca este acea garanție reală care se constituie fără deposedarea constitutorului și care presupune afectarea unui bun mobil sau imobil, garantării unei obligații, conferind titularului ei atât un drept de urmărire, cât și un drept de preferință².

Prin Decizia nr. 60/2017³, Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul competent pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a admis sesizarea formulată de Tribunalul București - Secția a IV-a civilă în Dosarul nr. 22.006/303/2016 privind pronunțarea unei hotărâri prealabile și, în consecință, a stabilit că în interpretarea dispozițiilor art. 2.431 C. civ. raportat la art. 632 C. proc. civ., este posibilă executarea silită a unei creanțe garantate printr-un contract de ipotecă valabil încheiat, ce constituie titlu executoriu, chiar dacă dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu.

Față de modul de dezlegare al instanței supreme, ne exprimăm unele rezerve, pe care le vom analiza în prezentul studiu.

¹ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială, Ediția 8*, Editura C. H. Beck, București, 2018, p. 279.

² S. I. Vidu, în L. Pop, I.-F. Popa, S. Vidu, *Curs de Drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 603.

³ Decizia nr. 60/2017, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 928 din 24 noiembrie 2017.

2. Titularul și obiectul sesizării

Prin Încheierea din 9 ianuarie 2017, pronunțată în Dosarul nr. 22.006/303/2016, Tribunalul București - Secția a IV-a civilă a dispus sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, în baza art. 519 C. proc. civ., în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la modul de interpretare a dispozițiilor art. 2.431 C. civ., prin raportare la art. 632 C. proc. civ., cu privire la posibilitatea executării silite privind un drept de creanță garantat prin contract de ipotecă legal încheiat și care, potrivit art. 2.431 C. civ., constituie titlu executoriu, dacă dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu.

3. Normele de drept intern care formează obiectul sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție cu privire la pronunțarea unei hotărâri prealabile

Instanța supremă a fost chemată să se pronunțe asupra interpretării dispozițiilor art. 632, în corelație cu art. 663 și art. 666 alin. 5 C. proc. civ. și art. 1798 și art. 2341 C. civ., și ale art. 3 din Legea nr. 71/2011⁴ pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil⁵.

Astfel, prevederile art. 632 C. proc. civ., dispun:

(1) Executarea silită se poate efectua numai în temeiul unui titlu executoriu.

(2) Constituie titluri executorii hotărârile executorii prevăzute la art. 633, hotărârile cu executare provizorie, hotărârile definitive, precum și orice alte hotărâri sau înscrisuri care, potrivit legii, pot fi puse în executare.

Art. 663 C. proc. civ., prevede:

(1) Executarea silită nu se poate face decât dacă creanța este certă, lichidă și exigibilă.

(2) Creanța este certă când existența ei neîndoielnică rezultă din însuși titlul executoriu.

(3) Creanța este lichidă atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul executoriu conține elemente care permit stabilirea lui.

(4) Creanța este exigibilă dacă obligația debitorului este ajunsă la scadență sau acesta este decăzut din beneficiul termenului de plată.

Art. 666 alin. (5) C. proc. civ., arată:

(5) Instanța poate respinge cererea de încuviințare a executării silite numai dacă: (...)

2. hotărârea sau, după caz, înscrisul nu constituie, potrivit legii, titlu executoriu;

.....
4. creanța nu este certă, lichidă și exigibilă.

La rândul lor, prevederile art. 1.798 C. civ., prevăd:

Contractele de locațiune încheiate prin înscris sub semnătură privată care au fost

⁴ Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.

înregistrate la organele fiscale, precum și cele încheiate în formă autentică constituie titluri executorii pentru plata chiriei la termenele și în modalitățile stabilite în contract sau, în lipsa acestora, prin lege.

Art. 2.431 C. civ., prevede:

Contractele de ipotecă valabil încheiate sunt, în condițiile legii, titluri executorii.

În sfârșit, art. 3 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, stabilește:

Actele și faptele juridice încheiate ori, după caz, săvârșite sau produse înainte de intrarea în vigoare a Codului civil nu pot genera alte efecte juridice decât cele prevăzute de legea în vigoare la data încheierii sau, după caz, a săvârșirii sau producerii lor.

4. Expunerea succintă a procesului

Printr-un contract încheiat între A, în calitate de locatoare, și B, în calitate de locatar, a fost închiriat un spațiu pentru service auto și birouri, contra unei chirii lunare, locatarul obligându-se să suporte și costurile utilităților.

Contractul a fost modificat prin acte adiționale subsecvente, relevante în cauză fiind Actul adițional nr. 3 din 25.07.2011, prin care durata contractului a fost stabilită la 60 de luni, cu începere de la data procesului-verbal de predare-primire, și Actul adițional nr. 5 din 20.05.2015, prin care, ca urmare a diminuării suprafeței închiriate, a fost micșorată și chiria datorată de locatar, iar locatarul și-a asumat obligația de a constitui în favoarea locatorului o ipotecă mobilă până la concurența unei anumite sume. Ulterior, prin Actul adițional nr. 6 din 20.11.2015, părțile s-au obligat să constituie în favoarea locatorului proprietar o garanție materială.

Contractul de închiriere a fost încheiat sub forma unui înscris sub semnătură privată, care nu este înregistrat în evidențele organelor fiscale.

Prin contractul de ipotecă mobilă încheiat în formă autentică, pentru garantarea îndeplinirii de către debitorul ipotecar B a obligațiilor asumate față de creditorul ipotecar A, în baza contractului de închiriere, astfel cum a fost acesta modificat prin Actul adițional nr. 5 din 20.05.2015, părțile au convenit constituirea unei ipoteci mobiliare asupra anumitor bunuri mobile, bunurile fiind evaluate convențional.

Contractul de ipotecă mobilă a fost înscris în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.

Prin cererea adresată Biroului Executorului Judecătoresc C., la data de 7 octombrie 2016, creditoarea A. a solicitat demararea procedurii urmăririi silite împotriva debitoarei B. pentru realizarea creanței compuse din contravaloarea întreținerii spațiului închiriat, respectiv energie electrică și gaze, precum și chirie neachitată, la care se adaugă penalități de întârziere.

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei Sectorului 6 București, executorul judecătoresc a solicitat încuviințarea executării silite asupra unor bunuri mobile și autorizarea intrării în imobilul închiriat.

Judecătoria Sectorului 6 București, prin Încheierea din data de 25 octombrie 2016, pronunțată în Dosarul nr. 22.006/303/2016, a respins cererea de încuviințare a executării

silite, reținând că, din interpretarea art. 632 C. proc. civ. și art. 2.430-2.431 C. civ., caracterul executoriu al ipotecii este condiționat de existența unui titlu executoriu în ceea ce privește creanța garantată, care trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă.

Or, în speță, ipoteca mobilară a fost constituită în garantarea unui contract de închiriere și a actelor adiționale la acesta, contract care nu îndeplinește condițiile prevăzute de art. 1.798 C. civ., pentru a fi titlu executoriu, respectiv nu a fost înregistrat la organele fiscale.

Caracterele juridice ale ipotecii sunt următoarele⁶: este un drept real, ea conferind titularului său un drept de urmărire, cât și un drept de preferință; este un drept *accesoriu (s. n.)*, ipoteca *nu are o existență de sine stătătoare (s. n.)*, fiind constituită pentru a însoți și a garanta o obligație principală; este indivizibilă, ceea ce înseamnă că bunul în integralitatea lui și fiecare parte din el sunt afectate garantării creanței în totalitatea ei.

Considerăm corectă soluția primei instanțe, având în vedere că, un astfel de contract, nu constituie titlu executoriu și chiar dacă este garantat cu o ipotecă, mobilară sau imobiliară, aceasta nu va putea fi executată, datorită caracterului accesoriu al ipotecii.

Titlul executoriu poate fi invocat numai în legătură cu obligația pe care o constată și în limitele acesteia, precum și numai împotriva persoanelor desemnate în cuprinsul lui, cărora le aparține acea obligație⁷.

Fiind nemulțumită de soluție, împotriva acestei încheieri, creditoarea a declarat apel.

5. Motivele reținute de titularul sesizării care susțin admisibilitatea procedurii

Pentru sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile, trebuie îndeplinite anumite condiții⁸:

- sesizarea se face de către completul de judecată;
- anterior sesizării au loc dezbateri contradictorii;
- se constată de instanța care soluționează cauza în ultimă instanță că este o chestiune de drept de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective, este nouă și asupra acesteia instanța supremă nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare.

În speță, s-a constatat că sunt îndeplinite condițiile pentru sesizarea instanței supreme, întrucât tribunalul, legal investit cu soluționarea unui apel aflat în curs de judecată, urmează să pronunțe o hotărâre judecătorească definitivă, potrivit art. 634 alin. (1) pct. 4 C. proc. civ.

Răspunsul la solicitarea instanței este necesar în vederea soluționării pe fond a cauzei, întrucât interpretarea modului de aplicare a dispozițiilor art. 632 C. proc. civ., coroborat cu art. 2.431 C. civ., raportat la situația de fapt, constituie problema fundamentală pusă în discuția instanței de apel.

Chestiunea în cauză are caracter de noutate, în sensul că nu s-a identificat o jurisprudență constantă și unitară asupra problemei în discuție, reglementarea art. 2.431 C. civ.

⁶ S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 603.

⁷ I. Deleanu, în I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. III, Noul Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 96.

⁸ C. Roșu, *op. cit.*, p. 119.

fiind ea însăși de noutate, iar verificările efectuate nu relevă existența vreunui recurs în interesul legii, promovat pentru dezlegarea modului de interpretare a art. 2.431 C. civ., prin prisma art. 632 C. proc. civ.

De asemenea, în aprecierea tribunalului, solicitarea de față privește o problemă de drept reală, iar nu aparentă, respectiv interpretarea diferită a art. 2.431 C. civ.

Și din punctul nostru de vedere, sesizarea întrunește condițiile de admisibilitate pentru ca instanța supremă să pronunțe o hotărâre prealabilă, cauza fiind în ultimă instanță, chestiunea de drept este nouă și esențială pentru soluționarea cauzei și nu a făcut obiectul vreunui recurs în interesul legii.

6. Punctul de vedere al completului de judecată

În ceea ce privește opinia tribunalului, se are în vedere faptul că, verificările pe care instanța de judecată este obligată să le facă în procedura încuviințării executării silite, poartă și asupra faptului dacă este întrunită condiția premisă a unei executări silite, anume aceea a existenței unei creanțe certe, lichide și exigibile și, respectiv, a unui titlu executoriu care să o constate.

Acest aspect se deduce din modul de formulare al art. 663 C. proc. civ. și este subliniat expres în paragraful nr. 23 al Deciziei nr. 895 din 17 decembrie 2015 a Curții Constituționale a României⁹, inexistența unui astfel de titlu conducând la respingerea cererii, conform art. 666 alin. (5) pct. 2 și 4 C. proc. civ.

Instanța a reținut că în cauză, contractul de locațiune nu este titlu executoriu, fiind încheiat sub incidența Codului civil anterior, cel care, conform art. 3 din Legea nr. 71/2011, îi guvernează efectele (de altfel, nici din perspectiva art. 1.798 C. civ., contractul de locațiune în dezbatere, nefiind înregistrat la organele financiare, nu are atributul executorialității).

Suntem de acord cu reținerea instanței de trimitere, deoarece contractul de locațiune încheiat sub forma înscrisului sub semnătură privată, dar neînregistrat la organele fiscale, nu constituie titlu executoriu și în consecință, nu poate sta la baza niciunei executări silite.

Dreptul de a porni executarea silită aparține creditorului. Acesta nu poate însă, proceda la executarea silită pentru simplul fapt că posedă o creanță față de o altă persoană fizică sau juridică. Ordinea juridică recunoaște creditorilor posibilitatea de a-și valorifica drepturile lor numai în anumite condiții și cu respectarea unor reguli procedurale strict determinate¹⁰.

În ceea ce privește contractul de ipotecă mobilă, încheiat chiar în formă autentică, după intrarea în vigoare a noului Cod civil, instanța de sesizare a arătat că acesta nu este titlu executoriu, în situația în care creanța pe care o garantează nu este ea însăși rezultată dintr-un înscris care, potrivit legii, este titlu executoriu.

Instrumentul de garantare (contractul de ipotecă) nu este izvorul creanței, fiind dificil

⁹ Decizia Curții Constituționale nr. 895/2015, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 641 și art. 666 din Codul de procedură civilă, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 84 din 4 februarie 2016.

¹⁰ I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, art. 1-1133*, Editura C. H. Beck, București, 2013, p. 933.

de conceput ca acesta să imprime caracter executoriu unei creanțe pe care el nu o constată și nici nu îi disciplinează lichiditatea sau exigibilitatea. Or, făcând abstracție de actul primar, constatator al creanței, în procedura executării silit, instanța nu ar putea face verificări din perspectiva art. 663 C. proc. civ. și, în consecință, prevederile art. 666 alin. (5) pct. 2 și pct. 4 C. proc. civ., ar fi lipsite de conținut.

Ne exprimăm acordul și cu privire la această concluzie a instanței de trimitere, deoarece caracterul accesoriu al ipotecii, nu poate înlocui contractul în temeiul căruia a fost constituit și nu poate suplini absența caracterului de titlu executoriu al contractului, care se urmărește să fie executat.

Executarea silită poate fi pornită doar pentru aducerea la îndeplinire a celor stabilite printr-un titlu executoriu¹¹.

Pentru a porni executarea silită, nu este suficientă existența unui titlu executoriu, ci, creditorul trebuie să își justifice urmărirea silită prin existența unei creanțe certe, lichide și exigibile¹².

Instanța de trimitere a mai reținut că, spre deosebire de reglementarea procesual civilă anterioară, care prevedea, în art. 379 alin. 3 vechiul C. proc. civ., că o creanță este certă când existența ei rezultă „din însuși actul de creanță și din alte acte, chiar neautentice, emanate de la debitor sau recunoscute de dânsul”, art. 663 C. proc. civ. este mult mai ferm, stipulând că existența neîndoielnică a creanței trebuie să rezulte din însuși titlul executoriu, suprimând practic posibilitatea coroborării mențiunilor din înscrisul constatator cu alte înscrisuri pentru a caracteriza creanța ca fiind certă.

În aprecierea instanței de sesizare, menționarea sumei la care sunt evaluate bunurile ce constituie garanția (suma garantată) în cuprinsul actului de ipotecă vine să răspundă exigențelor formale instituite de art. 2.372 C. civ., însă actul nu generează el însuși obligația de plată, cât timp ipoteca este și rămâne accesorie obligației pe care o garantează, conform art. 2.344 din C. civ.

Prin urmare, contractul de ipotecă, privit *ut singuli*, nu constată o creanță certă. Tot astfel, sintagma cuprinsă în art. 2.431 C. civ. - „în condițiile legii” - nu se poate rezuma, în aprecierea tribunalului, la condițiile de fond și de formă proprii contractului de ipotecă, reglementate de art. 2.365, art. 2.372, art. 2.388 sau de art. 2.391 C. civ., întrucât ar fi redundantă.

Suntem de acord cu concluzia instanței de trimitere, deoarece contractul de ipotecă nu are o existență de sine stătătoare, astfel încât nu constată o creanță certă, lichidă și exigibilă. Legătura de accesorialitate în care se află ipoteca cu obligația garantată explică aplicarea regulii *accessorium sequitur principale*¹³.

7. Punctele de vedere ale părților cu privire la dezlegarea chestiunii de drept

¹¹ D. M. Gavriș, în *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. II, Art. 527-1133*, coordonator G. Boroș, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 102.

¹² G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2015, p. 935.

¹³ S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 603.

Apelanta-creditoare a arătat că, în speță, contractul de ipotecă mobilă îndeplinește condițiile prevăzute de art. 2.387 și de 2.388 C. civ., fiind încheiat în formă autentică, cu îndeplinirea obligației de publicare în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.

De asemenea, în conformitate cu art. 2.431 C. civ., contractele de ipotecă valabile încheiate sunt, în condițiile legii, titluri executorii. Or, atât timp cât legiuitorul stabilește că un contract de ipotecă este prin el însuși titlu executoriu, fără să adauge că acesta ar fi un titlu executoriu doar în ipoteza în care există un titlu executoriu asupra creanței garantate, hotărârea primei instanțe este nelegală. Mai mult, concluzia primei instanțe nu este susținută de economia prevederilor Codului civil, care reglementează ca modalitate specială de executare a dreptului de ipotecă mobilă, preluarea bunului asupra căruia ființează ipoteca în contul datoriei.

Nu împărtășim punctul de vedere al apelantei, care ignoră caracterul accesoriu al ipotecii. Or, ipoteca neavând o existență de sine stătătoare, este imperios necesar, ca titlul în temeiul căruia a fost constituit să fie executoriu, pentru ca ipoteca să poată fi executată.

Apelanta a învederat că respingerea cererii de încuviințare a executării silită, pe motiv că locațiunea nu îndeplinește condițiile prevăzute de art. 1.798 C. civ., respectiv nu este titlu executoriu, pentru că nu este înregistrat la organul fiscal, lipsește de efecte însuși titlul executoriu, respectiv contractul de ipotecă mobilă, prima instanță interpretând greșit și dispozițiile art. 2.430 C. civ., potrivit cărora executarea ipotecii nu poate fi realizată decât în virtutea unui titlu executoriu și pentru o creanță certă, lichidă și exigibilă.

Prin urmare, existența unei creanțe certe, lichide și exigibile este o cerință distinctă de existența unui titlu executoriu valabil încheiat. În situația în care legiuitorul ar fi impus necesitatea existenței în paralel a două titluri executorii, unul care să ateste certitudinea, lichiditatea și exigibilitatea creanței garantate și altul care să reprezinte garanția oferită creditorului ipotecar, o atare situație ar lipsi de eficacitate contractul de ipotecă.

Chiar dacă contractul de ipotecă valabil încheiat constituie titlu executoriu, nu vedem cum s-ar putea pune în executare, din moment ce acesta urmează soarta contractului principal, în temeiul căruia a fost constituit.

8. Jurisprudența instanțelor naționale în materie

Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, a comunicat că, la nivelul Secției judiciare - Serviciul judiciar civil, nu s-a verificat și nu se verifică practică judiciară în problema de drept care formează obiectul sesizării Tribunalului București.

În jurisprudența instanțelor s-au conturat următoarele puncte de vedere:

Într-o primă opinie s-a apreciat că, în lipsa unui titlu executoriu care să constate creanța garantată prin contractul de ipotecă, acesta din urmă nu poate fi pus el însuși în executare silită.

În esență, argumentul care sprijină această opinie derivă din caracterul accesoriu al dreptului de garanție căruia îi dă naștere contractul de ipotecă.

Astfel, s-a arătat că, potrivit prevederilor art. 2.431 C. civ., contractele de ipotecă valabile încheiate sunt, în condițiile legii, titluri executorii, iar, în conformitate cu dispozițiile

art. 2.430 C. civ., executarea ipotecii nu poate fi realizată decât în virtutea unui titlu executoriu și pentru o creanță certă, lichidă și exigibilă.

Din interpretarea textelor de lege enunțate rezultă că, în ceea ce privește caracterul executoriu al ipotecii, acesta este condiționat de existența unui titlu executoriu în ceea ce privește creanța garantată, care trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă.

Așadar, în ceea ce privește contractul de ipotecă mobilă încheiat după intrarea în vigoare a noului Cod civil, acesta nu este titlu executoriu în situația în care creanța pe care o garantează nu este ea însăși rezultată dintr-un înscris care, potrivit legii, este titlu executoriu. Contractul de ipotecă nu este el însuși izvor al creanței, astfel încât nu poate imprima caracter executoriu unei creanțe pe care nu o constată și nu îi generează un caracter lichid sau exigibil.

Instrumentul de garantare (contractul de ipotecă) nu este izvorul creanței, fiind dificil de conceput ca acesta să imprime caracter executoriu unei creanțe pe care el nu o constată și nici nu îi disciplinează lichiditatea sau exigibilitatea. Or, făcând abstracție de actul primar, constatator al creanței, în procedura executării silită, instanța nu ar putea face verificări din perspectiva art. 663 C. proc. civ. și, în consecință, prevederile art. 666 alin. (5) pct. 2 și 4 din C. proc. civ. ar fi lipsite de conținut.

S-a mai argumentat că natura juridică a ipotecii este stabilită de art. 2.344 C. civ: ipoteca este, prin natura ei, accesorie și indivizibilă. Ea subzistă cât timp există obligația pe care o garantează și poartă în întregime asupra tuturor bunurilor grevate, asupra fiecăruia dintre ele și asupra fiecărei părți din acestea, chiar și în cazurile în care proprietatea este divizibilă sau obligațiile sunt divizibile.

Așadar, caracterul accesoriu al ipotecii este stabilit legal și ține chiar de natura acestei garanții, astfel încât nu se poate deroga de la acest principiu și nici nu se poate concepe existența unei creanțe ipotecare care ar decurge exclusiv din contractul de ipotecă.

Desigur că nu se poate exclude ipoteza ca, în practică, actul care generează creanța și contractul de ipotecă să fie constatate prin același înscris, în sensul de *instrumentum*, dar punctul de vedere solicitat vizează o situație distinctă - deși există un act constatator al creanței, acesta nu constituie titlu executoriu. În acest caz, în baza principiului *accessorium sequitur principale*, contractul de ipotecă nu poate produce, în materia executării silită, alte efecte decât raportul juridic pe care îl generează.

În concluzie, se apreciază că se poate trece direct la executarea silită a ipotecii numai dacă dreptul de creanță însuși este constatat printr-un înscris care să constituie, la rândul său, titlu executoriu.

Considerăm că aceasta este opinia corectă, deoarece caracterul accesoriu al ipotecii, creează o stare de dependență cu creanța garantată și trebuie să urmeze soarta contractului principal, în temeiul căruia a fost constituită.

Într-o a doua opinie s-a apreciat că dispozițiile art. 2.431 C. civ., prin raportare la art. 632 C. proc. civ., trebuie interpretate în sensul că dreptul de creanță garantat prin contract de ipotecă legal încheiat poate fi realizat pe calea executării silită și în ipoteza în care dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu.

În acest sens s-a arătat că, întrucât creditorul a declanșat executarea ipotecii în condițiile prevăzute de Codul civil, acesta, în mod corect, a pus în executare contractul de ipotecă valabil încheiat, care este titlu executoriu, potrivit art. 2.431 C. civ., este beneficiarul unei creanțe certe, lichide și exigibile, conform art. 2.430 C. civ. și a solicitat instanței de fond investirea contractului de ipotecă cu formulă executorie, în condițiile prevăzute de art. 2.445 C. civ.

Prin urmare, Codul civil reglementează o procedură specială a executării ipotecii mobiliare, derogatorie dreptului comun, respectiv derogatorie de la dispozițiile art. 663-666 din C. proc. civ..

Totodată, printre motivele pentru care instanța de executare poate dispune respingerea cererii de încuviințare a executării silite se numără și condiția ca înscrisul în temeiul căruia se solicită începerea executării silite să nu constituie, potrivit legii, titlu executoriu, respectiv condiția ca o creanță să nu fie certă, lichidă și exigibilă.

S-a arătat că art. 666 C. proc. civ., astfel cum a fost modificat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/2016¹⁴ pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă¹⁵, precum și a unor acte normative conexe, nu prevede și o condiție suplimentară, aceea ca, pe lângă titlul executoriu în temeiul căruia se solicită încuviințarea executării silite, să mai existe și un alt titlu executoriu care să constate efectiv creanța.

Nu împărtășim această opinie, deoarece ipoteca neavând o existență de sine stătătoare, nu poate fi separată de creanța pe care o constată. Chiar dacă nu se prevede expres cerința să existe pe lângă contractul de ipotecă un alt titlu executoriu, datorită caracterului accesoriu, nu vedem cum ar putea fi executată ipoteca, dacă contractul în temeiul căruia a fost constituită, nu reprezintă un titlu executoriu.

Considerăm că situația este asemănătoare cu apelul incident și provocat, unde în absența apelului principal, acestea rămân fără efect.

9. Jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție și a Curții Constituționale

La nivelul Înaltei Curți de Casație și Justiție nu a fost identificată jurisprudență relevantă cu privire la problema de drept dedusă judecării.

Pentru analiza principiului emanente legal al forței executorii, principiu ce stă la baza întregii reglementari incluse în titlul dedicat executării silite din Codul de procedură civilă, ar putea fi reținută Decizia nr. 7 din 30 ianuarie 2017, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept¹⁶, care dispune că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. VII din Ordonanța de urgență

¹⁴ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 1/2016 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 85 din 4 februarie 2016 și a fost aprobată prin Legea nr. 17/2017 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a unor acte normative conexe, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 196 din 21 martie 2017.

¹⁵ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, a fost republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 247 din 10 aprilie 2015, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁶ Decizia nr. 7/2017, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție-Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 220 din 30 martie 2017.

a Guvernului nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă și a unor acte normative conexe, raportat la art. 640 și art. 666 C. proc. civ., investirea cu formulă executorie a biletului la ordin se face în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite, iar nu ca o etapă prealabilă distinctă.

La nivelul Curții Constituționale nu a fost identificată jurisprudență relevantă cu privire la problema de drept dedusă judecătii.

Totuși, în ceea ce privește controlul judecătoresc în procedura executării silite trebuie amintită Decizia nr. 895 din 17 decembrie 2015, prin care s-a admis excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că dispozițiile art. 666 C. proc. civ. sunt neconstituționale, stabilind că acestea contravin prevederilor constituționale ale art. 1 alin. (4), prin prisma exercitării de către executorii judecătorești a unei activități specifice instanțelor judecătorești, precum și ale art. 21 alin. (3) și art. 124, prin prisma faptului că declanșarea procedurii executării silite este sustrasă controlului judecătoresc, iar, în acest fel, pe de o parte, exigențele dreptului la un proces echitabil, sub aspectul imparțialității și independenței autorității, nu sunt respectate, iar, pe de altă parte, înfăptuirea justiției este „delegată” executorului judecătoresc.

10. Opinia specialiștilor

Prin punctul de vedere transmis, *Institutul Național al Magistraturii* a concluzionat că un contract de ipotecă nu poate constitui titlu executoriu decât atunci când contractul din care se naște obligația garantată este, la rândul lui, titlu executoriu. În argumentarea acestui punct de vedere, însă, se exprimă îndoiala cu privire la faptul că a interpreta art. 2.431 C. civ. în sensul că permite ipotecii să fie considerată titlu executoriu numai dacă și contractul principal are acest regim juridic, ar însemna a accepta că legiuitorul noului Cod civil a dorit să acorde creditorului ipotecar, după 1 octombrie 2011, „un avantaj care, în esență, nu-i oferă niciun avantaj”.

Considerăm prima parte a concluziei corectă, deoarece și din punctul nostru de vedere, contractul de ipotecă, constituie titlu executoriu, dacă și contractul în temeiul căruia a fost acordat are acest caracter.

Facultatea de Drept Sibiu a învederat că îndeplinirea cerințelor de validitate ale ipotecii convenționale nu poate fi pusă la îndoială dacă, respectând alin. (2) al art. 2.372 C. civ., au fost inserate, în conținutul contractului de ipotecă, datele și informațiile care identifică debitorul constituit și creditorul ipotecar, cauza obligației garantate (actul/ contractul/faptul juridic) și datele/elementele care identifică bunurile ipotecate, cu o precizie ce poate fi verificată prin consultarea evidenței contabile a partenerilor contractuali.

Totodată, contractul de ipotecă mobilă, încheiat în formă autentică, în ale căreia clauze sunt descrise bunurile, valoarea acestora și valoarea lor totală, suma datorată, izvorul juridic al datoriei și quantumul până la care este garantată datoria față de creditor, este valid și are calitate de titlu executoriu, în sensul art. 2.431 C. civ., dacă suma pentru care este constituită ipoteca, adică întinderea creanței, poate fi determinată la un nivel rezonabil în temeiul actului de ipotecă [art. 2.372 alin. (1) C. civ.].

Opinia exprimată nu este suficientă pentru a susține un punct de vedere sau altul, întrucât este incompletă. Autorul ei s-a rezumat a analiza doar validitatea ipotecii convenționale și, respectiv, a contractului de ipotecă mobilă, încheiat în formă autentică, fără a face aprecieri cu privire la actul juridic din care ia naștere creanța, act juridic care nu este încheiat în formă autentică. Încercând totuși o concluzie, opinia exprimată tinde să confere independență totală ipotecii, constituită în formă autentică, care are caracter executoriu.

În opinia științifică a *Facultății de Drept a Universității București* - Departamentul de drept privat s-a concluzionat că dispozițiile art. 2.431 C. civ. instituie în mod independent caracterul de titlu executoriu contractului de ipotecă.

În susținerea acestei opinii s-a argumentat că mai multe dispoziții legale, constituind duplicate legislative, recunosc caracterul de titlu executoriu contractului de ipotecă, independent de faptul dacă și actul din care izvorăște creanța garantată are o asemenea natură, creditorul ipotecar putând urmări bunul ipotecat, pe calea unei acțiuni reale, indiferent de titularul dreptului real principal asupra aceluși bun.

În ceea ce privește condițiile formale pentru a putea trece la executarea silită a contractului de ipotecă, textul art. 2.431 C. civ. impune ca acesta să fi fost valabil încheiat, iar ipoteca să fie considerată titlu executoriu în condițiile legii, sintagmă ce ar rezulta din decalajul existent în procesul de redactare a celor două coduri fundamentale în materie civilă, explicat pe larg în conținutul opiniei.

Referitor la condițiile substanțiale ale executării, acestea au în vedere natura creanței ipotecare de a fi certă, lichidă și exigibilă, însă verificarea cerințelor creanței trebuie privită prin „lupa” contractului de ipotecă. Prin urmare, dacă mecanismul de determinare a cuantumului creanței garantate se regăsește în contractul de ipotecă, în sensul art. 2.372 alin. (1) C. civ., alte elemente pot fi preluate din alte înscrisuri care nu trebuie să fie în mod necesar titluri executorii.

Nu împărtășim acest punct de vedere, deoarece în opinia noastră nu se poate recunoaște contractului de ipotecă caracter de titlu executoriu independent, nefiind posibil ca un contract cu caracter accesoriu, să aibă o existență de sine-stătătoare.

Prevederile legale trebuie interpretate în corelație unele cu altele, nu distinct, pentru a putea produce efecte juridice.

Or, caracterul accesoriu al ipotecii nu poate fi ignorat, pentru că prevederile art. 2431 C. civ. recunosc acestor contracte caracterul de titlu executoriu.

11. Raportul asupra chestiunii de drept

Prin rapoartele întocmite s-au conturat următoarele soluții:

– în interpretarea dispozițiilor art. 2.431 C. civ. raportat la art. 632 C. proc. civ., este posibilă executarea silită a unei creanțe garantate printr-un contract de ipotecă valabil încheiat, ce constituie titlu executoriu, chiar dacă creanța nu își are izvorul într-un înscris ce reprezintă titlu executoriu;

– în interpretarea dispozițiilor art. 2.431 C. civ., prin raportare la art. 632 C. proc. civ., există posibilitatea executării silită privind un drept de creanță garantat prin contract de

ipotecă legal încheiat și care, potrivit art. 2.431 C. civ., constituie titlu executoriu, chiar dacă dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu, cu condiția să existe o creanță certă, lichidă și exigibilă.

Nu suntem de acord cu concluziile raportorilor, deoarece nu contractul de ipotecă cuprinde creanța certă, lichidă și exigibilă, ci contractul principal, în temeiul căruia s-a constituit ipoteca.

12. Soluția adoptată de Înalta Curte de Casație și Justiție

Instanța supremă a constatat că sunt îndeplinite condițiile pentru sesizare, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile.

Asupra fondului sesizării

Chestiunea de drept pe care Tribunalul București a supus-o dezlegării instanței supreme este următoarea: „interpretarea dispozițiilor art. 2.431 C. civ., prin raportare la art. 632 C. proc. civ. cu privire la posibilitatea executării silite privind un drept de creanță garantat prin contract de ipotecă legal încheiat și care, potrivit art. 2.431 C. civ., constituie titlu executoriu, dacă dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu“.

Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că prin sesizare se solicită rezolvarea de principiu a eventualei condiționări a caracterului executoriu al contractului de ipotecă de faptul că și creanța garantată să fie constatată printr-un înscris care să reprezinte titlu executoriu. Dificultatea chestiunii de drept analizate rezidă în aceea că prin dispozițiile articolului 2.431 C. civ. se recunoaște caracterul de titlu executoriu unui înscris care, prin natura sa, are ca finalitate constituirea unei garanții reale care furnizează creditorului confortul de a obține, prin exercitarea prerogativelor „clasice“, urmărirea și preferința, sumele corespunzătoare creanței sale, sume rezultate din valorificarea silită a unor bunuri aparținând debitorului sau unei terțe persoane. Astfel, funcția specifică a instrumentului de garantare nefiind aceea de a consemna creanța garantată, spre a face posibilă verificarea aspectelor substanțiale ale acestei creanțe, respectiv certitudinea, lichiditatea și exigibilitatea, există opinia ca, pentru a se recunoaște executorialitatea contractului de ipotecă, trebuie să existe un contract principal care să reprezinte el însuși titlu executoriu.

Instanța apreciază însă că, niciunul din argumentele prezentate succint în precedentele considerente, nu sunt de natură să combată caracterul de titlu executoriu al contractului de ipotecă, caracter ce subzistă independent de împrejurarea că actul din care izvorăște creanța garantată, are sau nu un atare caracter.

În dezacord cu instanța supremă, considerăm că, dimpotrivă, actul din care s-a născut creanța, nu se poate disocia de contractul de ipotecă.

Instanța supremă a arătat că, interogația instanței de trimitere privește nu caracterul executoriu al contractului de ipotecă ce decurge *ex lege* și nu poate fi contestat, ci ipoteza în care dreptul de creanță garantat prin contractul de ipotecă legal încheiat nu este constatat

el însuși printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu.

În acest punct trebuie observat că întrebarea instanței de trimitere are în vedere *in terminis* raportul dintre art. 2.431 C. civ. și art. 632 C. proc. civ., însă, din examinarea argumentelor expuse de instanța de trimitere și a celor conținute în jurisprudența instanțelor în această materie rezultă că ceea ce determină dificultatea de interpretare este raportul între art. 2.431 și art. 2.430 C. civ., conform căruia „executarea ipotecii nu poate fi realizată decât în virtutea unui titlu executoriu și pentru o creanță certă, lichidă și exigibilă”.

Art. 632 alin. (1) C. proc. civ. fixează regula generală în materia executării silite, în sensul că aceasta nu poate fi pornită decât în temeiul unui titlu executoriu.

Titlul executoriu reprezintă, așadar, instrumentul legal pe care statul li acordă creditorului pentru a putea recurge la măsuri coercitive pe care, de asemenea, statul, prin intermediul organelor sale, trebuie să le pună la dispoziția creditorilor.

De regulă, aceste instrumente sunt rezultatul unei evaluări judiciare a existenței și întinderii dreptului subiectiv pretins de către creditor, iar majoritatea categoriilor de titluri executorii enumerate de art. 632 alin. (2) C. proc. civ., fac parte din clasa hotărârilor judecătorești.

Există însă și situații în care statul consideră anumite înscrisuri ca prezentând suficiente garanții de corectitudine pentru a permite absența evaluării judiciare. Este vorba despre acele titluri executorii de natură contractuală cărora legea le recunoaște caracterul de titlu executoriu, cum este cazul contractului de ipotecă, obiect al prezentei chestiuni prealabile.

Instanța supremă a reținut că, sub un prim aspect, din perspectiva interpretării literale, gramaticale, trebuie observat că textul art. 2.431 C. civ. instituie caracterul executoriu al contractului de ipotecă, fără a trimite la natura creanței ipotecare și fără a lega executorialitatea acestui contract de nicio altă condiționare.

Efectul imediat al acestei norme este consacrarea principiului legalității caracterului executoriu al contractului de ipotecă. Consecința juridică - ipoteca este titlu executoriu *per se* și permite realizarea creanței în limita valorii bunului ipotecat.

Chiar dacă prevederile art. 2.431 C. civ., nu fac trimitere la alte norme, în opinia noastră, raportul dintre contractul principal și cel accesoriu, trebuie să își găsească aplicarea și în etapa executării silite, astfel încât, contractul accesoriu, nu poate avea o existență independentă, de sine-stătătoare, chiar dacă este titlu executoriu.

Instanța supremă a concluzionat că, pentru restul creanței, dacă aceasta nu izvorăște dintr-un titlu executoriu, creditorul este doar chirografar și trebuie să obțină alt titlu executoriu pentru a urmări alte bunuri ale debitorului. În ipoteza în care și creanța derivă dintr-un alt titlu executoriu, atunci creditorul poate urmări direct alte bunuri. Altfel spus, atunci când contractul principal nu este titlu executoriu, creditorul garantat printr-un contract calificat de lege ca titlu executoriu nu va putea urmări decât bunurile ce fac obiectul garanției reale sau, după caz, persoana care aduce în garanție totalitatea bunurilor sale mobile și imobile. Dimpotrivă, bunurile și veniturile debitorului, dacă nu fac obiectul contractului de garanție căruia legea îi recunoaște caracterul de titlu executoriu, nu vor

putea fi supuse executării silită, dacă legea nu recunoaște contractului principal natura de titlu executoriu.

Prin urmare, instanța supremă, stabilește posibilitatea de executare a garanției, de recunoașterea sau nu prin lege, a caracterului de titlu executoriu, fără să acorde nicio importanță accesorialității garanției. Ori, în opinia noastră, independent, de stabilirea de către legiuitor a titlului executoriu sau nu a garanției, ea nu poate exista independent, de contractul în temeiul căruia a fost constituită, astfel încât, contractul principal dă tonul, inclusiv, pentru executarea silită.

Cât privește remediile aflate la dispoziția creditorului ipotecar pentru realizarea creanței sale, instanța supremă a arătat că, legea îi oferă dreptul discreționar de a alege calea unei acțiuni personale (art. 2.432, teza inițială C. civ.), să urmărească bunul ipotecat în condițiile Codului de procedură civilă (art. 2.432 teza finală) sau, în cazul ipotecii mobiliare, să execute ipoteca conform procedurii speciale reglementate de Codul civil (art. 2.429 C. civ. raportat la art. 2.435-2.477 C. civ.).

În acest sens, este relevantă și terminologia folosită expres de Codul civil, în art. 2.432, potrivit căreia: „dispozițiile prezentului capitol nu aduc nicio atingere dreptului creditorului de a-și realiza creanța pe calea unei acțiuni personale sau de a solicita luarea oricăror măsuri pentru executarea ipotecii, potrivit Codului de procedură civilă”, precum și în art. 2.445 C. civ., conform căreia „creditorul ipotecar poate cere instanței încuviințarea executării ipotecii imobiliare prin vânzarea bunului mobil ipotecat. La cererea de încuviințare se vor atașa documente care atestă existența creanței ipotecare și a ipotecii imobiliare, împreună cu dovada perfectării ipotecii. Instanța va analiza existența creanței ipotecare și a ipotecii imobiliare, împreună cu dovada perfectării ipotecii (...)”.

În plus, există anumite instituții juridice care ar rămâne fără aplicabilitate, în absența recunoașterii caracterului executoriu independent al contractului de ipotecă. Un exemplu în acest sens îl constituie art. 2.504 alin. (1) C. civ., conform căruia „prescripția dreptului la acțiune privind creanța principală nu atrage și stingerea dreptului la acțiune ipotecară. În acest din urmă caz, sub rezerva prescripției dreptului de a obține executarea silită, creditorul ipotecar va putea oricând urmări, în condițiile legii, bunurile mobile sau imobile ipotecate, însă numai în limita valorii acestor bunuri”. În doctrină s-a subliniat faptul că, de principiu, ipoteca are caracter accesoriu, subzistând cât timp există obligația pe care o garantează. Totuși, în cazul prescripției dreptului la acțiune privind creanța principală, dreptul la acțiune ipotecară va continua să existe, putând fi valorificat în condițiile legii. În absența posibilității de a executa silit ipoteca însăși, textul art. 2.504 C. civ. nu și-ar găsi aplicabilitatea, pe fondul intervenirii prescripției dreptului de a executa contractul principal.

Considerăm că argumentul instanței supreme nu subzistă, având în vedere că prescripția este altă instituție decât executarea silită. Mai mult, chiar se arată că *sub rezerva prescripției dreptului de a obține executarea silită (s. n.)*, creditorul va putea urmări bunurile. Ori, rezultă că dacă, a operat prescripția dreptului de a cere executarea silită, nu se mai pot urmări nici un fel de bunuri.

Prescripția dreptului la acțiunea ipotecară, nu se suprapune cu prescripția dreptului de a cere executarea silită.

Din perspectiva interpretării istorice, evolutive, instanța supremă a reținut că, trebuie observat că, anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, au existat două precedente în sensul recunoașterii legale a naturii de titlu executoriu, de o manieră de sine stătătoare, în favoarea instrumentului de garantare.

Astfel, potrivit art. 17 din titlul VI - Regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare - al Legii nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice¹⁷, contractul de garanție reală era titlu executoriu. Prin urmare, contractul prin care se constituia garanția reală mobilă, antecesoare a ipotecii mobiliare reglementate prin noul Cod civil, era calificat explicit de lege ca fiind titlu executoriu, fără nicio condiționare legată de natura de titlu executoriu a contractului din care se naște creanța astfel garantată.

De asemenea, art. 120 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului¹⁸ prevedea, într-o formulare care exista și la data intrării în vigoare a noului Cod civil, următoarele: „Contractele de credit, inclusiv contractele de garanție reală sau personală, încheiate de o instituție de credit constituie titluri executorii”.

Chiar dacă, în acest al doilea caz, textul face referire la natura de titlu executoriu, în primul rând, a contractului din care se naște obligația garantată, redactarea normei nu lasă niciun dubiu asupra evaluării distincte a executorialității instrumentelor de garantare.

Nu agreăm nici aceste argumente, deoarece actele normative menționate, au caracter special, referindu-se strict la anumite instituții, fără aplicabilitate generală. Ori, dacă luăm în considerare regulile specifice de interpretare, excepțiile sunt de strictă interpretare, astfel încât nu se pot aplica la orice situații. Ori, prevederile art. 2431 C. civ., au aplicabilitate generală, nu specială.

Instanța supremă a arătat că, deși este adevărat că natura de titlu executoriu a contractului de credit ajunge să lipsească de eficiență recunoașterea prin lege a funcției executorii, în mod distinct, pentru contractele de garantare a creditului, textul art. 120 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 este simptomatic pentru acceptarea de către legiuitor a ideii că un instrument de garantare, depășindu-și funcția specifică, poate deveni singur temei pentru declanșarea executării silite.

Astfel, ceea ce devine relevant pentru analiză este faptul că art. 2.431 C. civ. nu ar constitui o „premieră” în dreptul nostru privat, Legea nr. 99/1999 și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006, prin textele relevante anterior evocate, devansând, sub acest aspect, actul normativ intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011.

Luând în considerare tot o regulă specifică de interpretare, legea specială derogă de la cea generală¹⁹, în opinia noastră, actele normative menționate reprezintă legi speciale, derogatorii și nu se aplică tuturor situațiilor, în timp ce art. 2431 C. civ., este un text general și se aplică tuturor situațiilor, în afară de cele expres exceptate. Ori, nu se poate extinde o

¹⁷ Legea nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 236 din 27 mai 1999, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁸ Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1027 din 27 decembrie 2006, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁹ M. Mureșan, *Drept civil. Partea generală*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1996, p. 51.

prevedere specială, la toate cele generale. Apoi, tot luând în considerare o regulă de interpretare specifică, legea generală nouă nu derogă de la cea specială, mai veche, dacă legea nu o spune expres²⁰.

Instanța supremă a reținut că, în ceea ce privește independența și întinderea caracterului executoriu al contractului de ipotecă în noua reglementare, raportat la caracterul accesoriu al ipotecii, rezultă că, deși, în principiu, ipoteca este analizată ca un accesoriu al unui raport obligațional principal, caracterul accesoriu al ipotecii necesită anumite nuanțări.

Astfel, noua reglementare conferă principiului *accessorium sequitur principale* un anumit caracter de relativitate, ce rezultă din faptul că ipoteca poate fi transferată independent de creanța principală, conform art. 2.358 C. civ., iar rangul acesteia poate fi cedat altei ipotecii, în sensul art. 2.427 C. civ. Prin urmare, legătura dintre ipotecă și creanță nu mai este una indestructibilă, ci, mai degrabă, una de circumstanță.

Sub un alt aspect, această autonomizare a ipotecii se justifică prin aceea că există elemente de determinare a creanței principale incluse în chiar contractul de ipotecă, conform art. 2.372 alin. (1) C. civ. Astfel, art. 2.372 C. civ., care reglementează conținutul contractului de ipotecă, stabilește în alin. (1) că „ipoteca convențională nu este valabilă decât dacă suma pentru care este constituită se poate determina în mod rezonabil în temeiul actului de ipotecă. Sub sancțiunea nulității, contractul de ipotecă trebuie să identifice constitutorul și creditorul ipotecar, să arate cauza obligației garantate și să facă o descriere suficient de precisă a bunului ipotecat” [(alin. 2)], impunându-se cerința ca bunul să fie determinat sau cel puțin determinabil. Aceste elemente care țin de descrierea creanței principale trebuie privite ca indicații de trimitere pentru verificarea condițiilor din art. 2.430 C. civ.

Felul în care este reglementată ipoteca, considerăm că nu determină autonomia, pe care o consideră instanța supremă. Din prevederile citate, reies doar condițiile pentru constituirea ipotecii, iar nu autonomizarea ipotecii.

Instanța supremă a reținut că, din interpretarea art. 2.372 C. civ. se degajă principiul specializării ipotecii, sub aspectul determinării sumei pentru care aceasta a fost constituită, a părților, a cauzei ce a determinat instituirea sa, în sensul de act sau fapt juridic, ca izvor al obligației garantate, precum și în ceea ce privește descrierea bunului sau a bunurilor ipotocate, necesitatea acestei specializări fiind determinată de asigurarea securității și stabilității circuitului civil în materia garanțiilor, printr-o informare corectă și completă a terților în ceea ce privește garanția ipotecară. Mai mult, descrierea bunurilor ipotocate servește și la proporționarea garanției cu creanța garantată, permițând creditorului să aleagă, în caz de neplată, ce bunuri vor putea fi executate ori debitorului să ridice anumite excepții, evitându-se astfel o urmărare inoportună a tuturor bunurilor ipotocate, în virtutea principiului indivizibilității ipotecii.

Apoi, în contextul interogativ fixat de încheierea de trimitere nu interesează ipoteca privită ca drept real de garanție și al cărui caracter accesoriu derivă în mod expres din textul de lege, conform art. 2.344 teza I C. civ. Prin urmare, trebuie discutat despre

²⁰ Ibidem.

caracterul accesoriu al contractului de ipotecă, caracterul de titlu executoriu fiind asociat cu contractul de ipotecă, în sensul art. 2.431 C. civ.

În același sens, noua reglementare aduce mutații considerabile în ceea ce privește accesorialitatea ipotecii. Astfel, la nivelul dreptului real, ipoteca poate fi cesionată independent de creanța principală, conform art. 2.358 C. civ., poate fi constituită (în mod valabil) pentru a garanta o creanță încă nenăscută (viitoare sau eventuală), conform art. 2.370 C. civ., sau de întindere variabilă, în sensul art. 2.371 alin. (1) C. civ., și poate supraviețui stingerii obligației principale, în sensul art. 2.428 alin. (3) C. civ. În plus, la nivelul contractului de ipotecă, acesta poate conține clauze care să aducă modificări creanței garantate, fie prin reducerea cuantumului acesteia (art. 2.375, art. 2.405 C. civ.), fie prin accelerarea scadenței (art. 2.396 C. civ.). Așadar, raportul dintre contractul de ipotecă și creanța garantată nu este un simplu raport de la accesoriu către principal, subordonarea nefiind netă, ci implicând o interdependentă.

În opinia noastră, instanța supremă pentru a ajunge la soluția adoptată, a căutat argumente forțate, deoarece un contract accesoriu, nu poate avea grade de comparație, fiind mai puțin sau mai mult „accesoriu”.

De asemenea, instanța supremă, a arătată că, în consecință, caracterul accesoriu al ipotecii imobiliare nu poate anula sau limita substanțial caracterul executoriu al contractului de ipotecă, în măsura în care nu există nicio dispoziție legală sau justificare de ordin interpretativ. În acest sens, se poate aprecia că legiuitorul însuși a considerat necesară extinderea „beneficiului de titlu executoriu pentru orice contract de ipotecă, luând în considerare modalitatea specifică de executare a acestei garanții reale”, pentru ca ipotecile să poată fi executate rapid, în mod direct.

Aprecierea instanței supreme, în opinia noastră, este exagerată, deoarece reprezintă o presupunere, formularea „se poate aprecia”, nu este o certitudine, iar concluzia la care ajunge, este cea care să conveargă spre soluția pe care a adoptat-o.

În ceea ce privește încuviințarea executării silită, instanța supremă a reținut că, există mai multe condiții care trebuie îndeplinite pentru a putea trece la executarea unui titlu executoriu, a cărui existență constituie întotdeauna premisa executării.

Potrivit art. 663 alin. (1) C. proc. civ., executarea silită nu se poate face decât dacă creanța este certă, lichidă și exigibilă.

În acest context, instanța supremă a arătat cum sunt tratate aceste cerințe ale creanței în noua reglementare, punctându-se, în mod expres, inserțiile acestor cerințe în creanța ipotecară.

În conformitate cu art. 663 alin. (2) C. proc. civ., creanța este certă când existența ei neîndoiește rezultă din însuși titlul executoriu.

Caracterul cert al creanței are, deci, în vedere modul de descriere a obligației garantate din contractul de ipotecă. Având în vedere dispozițiile speciale din această materie, art. 2.372 alin. (1) C. civ., este suficient ca prin contractul de ipotecă să se ofere elementele pe baza cărora se poate determina suma obligației garantate, nemaifiind necesară determinarea sa exactă (exclusiv) în textul contractului de ipotecă. De altfel, certitudinea creanței nu depinde de întinderea acesteia, care este o chestiune de lichiditate, ci doar de

existența ei. În acest context, limitările aduse de noua reglementare definiției caracterului cert al creanței trebuie raportate la acest aspect. Altfel spus, dacă în contractul de ipotecă - titlu executoriu este menționată o creanță actuală, chiar dacă nu este explicat cuantumul acesteia, cerința certitudinii impusă de art. 2.430 C. civ., prin prisma art. 663 alin. (2) C. proc. civ., este îndeplinită. Doar o creanță condiționată, viitoare sau eventuală, potrivit art. 2.370 C. civ., poate „pica“ testul certitudinii. În aceste cazuri, însă, de fapt, ipoteca însăși nu este eficientă, fiind o ipotecă imperfectă, în sensul art. 2.409 alin. (1) C. civ.

Potrivit art. 663 alin. (3) C. proc. civ., creanța este lichidă atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul executoriu conține elemente care permit stabilirea lui, creanța fiind lichidă în toate cazurile când cuantumul sau obiectul ei este determinat sau determinabil.

În privința caracterului lichid al creanței ipotecare, discuția este mult simplificată de faptul că o ipotecă se constituie, prin ipoteză, pentru a garanta executarea unei obligații patrimoniale, astfel cum prevede art. 2.323 C. civ. (Acest titlu - titlul XI „Privilegiile și garanțiile reale“ - reglementează privilegiile, precum și garanțiile reale destinate să asigure îndeplinirea unei obligații patrimoniale.) De vreme ce orice obligație patrimonială poate fi executată (silit) prin echivalentul său valoric, conform art. 1.530 C. civ., rezultă că obligația ipotecară va fi mereu lichidă.

În plus, determinarea cuantumului exact al creanței ipotecare se poate face utilizând elementele prevăzute în titlul executoriu (contractul de ipotecă), conform cerinței cuprinse în art. 2.372 alin. (1) C. civ. De remarcat că dispozițiile art. 663 alin. (3) C. proc. civ., nu mai limitează utilizarea titlului executoriu. Teza finală a textului de lege permite ca titlul executoriu să ofere doar „elementele care permit stabilirea obiectului creanței“, ceea ce este în perfectă consonanță cu dispozițiile art. 2.372 alin. (1) C. civ. Prin urmare, dacă mecanismul de determinare a cuantumului creanței garantate se regăsește în contractul de ipotecă (titlu executoriu), alte elemente pot fi preluate din alte înscrisuri care nu trebuie să fie, în mod necesar, titluri executorii.

În conformitate cu art. 663 alin. (4) C. proc. civ., creanța este exigibilă dacă obligația debitorului este ajunsă la scadență sau acesta este decăzut din beneficiul termenului de plată.

În ceea ce privește caracterul exigibil, scadența creanței principale poate fi influențată în mod direct de respectarea obligațiilor derivând din contractul de ipotecă. Astfel, deși regula în materia scadenței obligațiilor este caracterul instantaneu al acestei scadențe, conform art. 1.495 alin. (1) C. civ., domeniul ipotecii este, de regulă, cel al creditului, adică al operațiunilor care presupun (cel puțin) „o obligație de plată, cu termen, a unei sume de bani ori a altor bunuri de gen“, în sensul art. 2.167 C. civ.

Considerăm că, modul în care Codul de procedură civilă, reglementează caracterele creanței, pentru a putea fi pusă în executare, este lămuritor și nu este subiect de disensiuni.

Instanța supremă a arătat că, analiza condițiilor substanțiale ale executării silite nu poate fi desprinsă de dreptul asupra creanței garantate. Evident, având în vedere caracterul accesoriu al dreptului de ipotecă, debitorul va putea invoca pe calea contestației la executare, în condițiile art. 713 alin. (2) C. proc. civ., apărări care să vizeze valabilitatea

actului din care izvorăște dreptul de creanță garantat, deoarece noțiunea de „drept cuprins în titlul executoriu” trebuie înțeleasă în logica internă a dispozițiilor privind executarea silită ca referindu-se și la dreptul de creanță garantat cu ipotecă. De asemenea, cel urmărit se poate apăra invocând stingerea obligației principale garantate, cu atât mai mult cu cât aceasta reprezintă și un caz de stingere a ipotecii, conform art. 2.428 alin. (2) lit. a) C. civ.

Arătăm că în opinia noastră, remediul contestației la executare, chiar dacă este eficient, este mai ușor să „previi, decât să vindecii”, astfel încât, tocmai datorită caracterului accesoriu al ipotecii, nu ar trebui să se ajungă la executare silită, dacă contractul în temeiul căruia s-a constituit ipoteca, nu reprezintă el însuși, titlu executoriu.

Instanța supremă a reținut că, în ceea ce privește condițiile legale specifice pentru a putea trece la executarea silită a contractului de ipotecă, textul art. 2.431 C. civ., indică două condiții formale: acesta să fi fost „valabil încheiat”, respectiv calificarea ca titlu executoriu să fie făcută „în condițiile legii”.

Cât privește *prima condiție*, un contract de ipotecă este valabil încheiat în măsura în care respectă atât condițiile de fond, cât și pe cele de formă stabilite pentru valabilitatea acestuia. Cerința este oarecum subînțeleasă pentru orice titlu executoriu de natură contractuală: doar un contract valabil încheiat produce efecte [art. 1.270 alin. (1) C. civ.], iar posibilitatea punerii în executare ține de efectele contractului [art. 1.516 alin. (2) pct. 1 C. civ.].

Condițiile de fond pentru valabilitatea contractului cuprind condițiile generale aplicabile oricărui contract [art. 1.179 alin. (1) C. civ.], precum și condițiile specifice menționate de lege pentru acest contract special (art. 2.372 din C. civ.).

Condițiile de formă impuse de lege pentru valabilitatea contractului de ipotecă diferă în funcție de tipologia ipotecii: poate fi vorba despre forma autentică notarială sau forma scrisă *ad validitatem*. În legătura cu condițiile de formă trebuie precizat că orice titlu executoriu necesită existența unui înscris („titlul”). După cum se poate observa, toate ipostazele în care se poate prezenta un contract de ipotecă implica forma scrisă (*ad validitatem*).

A doua condiție formală impusă de art. 2.431 C. civ. impune ca ipoteca să fie considerată titlu executoriu doar „în condițiile legii”. Față de generalitatea principiului legalității titlului executoriu, această precizare pare superfluă. În orice caz, ea nu implică mai mult decât ceea ce spune. Nu se poate considera din această formulare că s-ar face o trimitere la o altă normă de completare care să conțină precizări suplimentare. De exemplu, nu poate fi vorba despre o trimitere la noua formă a art. 641 C. proc. civ. care ar lega caracterul executoriu de îndeplinirea formalităților de publicitate. Acestea din urmă au un alt rol: realizarea opozabilității față de terți. Or, forța executorie derivă din forța obligatorie a contractului, iar nu din opozabilitatea acestuia. În contextul acțiunii ipotecare, opozabilitatea ipotecii poate influența executorialitatea sa doar în ipotezele în care bunul ipotecat nu se (mai) află la constituitorul originar. În plus, o normă specială (art. 2.431 C. civ.) nu poate să facă o referire expresă la o normă generală (art. 641 C. proc. civ.), de vreme ce norma specială derogă de la cea generală, iar nu invers.

În schimb, referirea la condițiile legii rămâne valabilă în ceea ce privește procedura de urmat în cazul punerii în executare. Astfel, pentru începerea executării unui contract de ipotecă (prin intermediul procedurii de drept comun) va fi necesară încuviințarea de către instanța de executare (art. 666 C. proc. civ.).

În opinia noastră, tocmai, respectarea principiului legalității executării silite, se opune executării silite a unui contract de ipotecă, independent de caracterul de titlu executoriu sau nu, a contractului în temeiul căruia a fost constituit.

Instanța supremă, a arătat că, cerințele formale din art. 2.431 C. civ., nu adaugă veritabile limitări caracterului de titlu executoriu al contractului de ipotecă, ci doar asigură respectarea principiului legalității executării silite.

Acest articol are în vedere două tipuri de condiții: una formală - existența unui titlu executoriu, care se referă la chiar contractul de ipotecă și trei de fond, care se referă la calitățile creanței.

Or, existența creanței este mereu menționată în contractul de ipotecă și poate fi determinată în baza criteriilor din acest contract, conform art. 2.372 C. civ.; ceea ce nu este mereu menționat este suma, dar acest aspect ține de lichiditate, conform art. 663 alin. (3) C. proc. civ., care poate fi completată și cu alte izvoare (teza a II-a).

Concluzionând, se apreciază că datele din contractul de ipotecă (titlu executoriu) sunt suficiente pentru a evalua (și) criteriile de fond din articolul 2.430 C. civ. În acest sens s-a considerat, în doctrina recentă, că articolul 2.431 C. civ. preia și extinde dispozițiile art. 2.430 C. civ., în ceea ce privește noțiunea de titlu executoriu aplicabilă și contractelor de ipotecă valabil încheiate.

Pentru a putea fi pus în executare, contractul de ipotecă necesită nu numai îndeplinirea unor condiții formale, ci și a unor condiții substanțiale. Aceste condiții substanțiale au în vedere natura creanței, prin prisma caracterului accesoriu al ipotecii.

Astfel, din punctul de vedere al naturii creanței ipotecare, aceasta trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă (art. 2.430 C. civ.). Verificarea îndeplinirii acestor cerințe trebuie raportată la specificul acțiunii ipotecare, care este o acțiune reală, în sensul că îndeplinirea acestor cerințe este legată de contractul de ipotecă, al cărui obiect este constituirea/transferea unui drept real. Prin urmare, caracterele creanței principale trebuie privite prin „lupa” contractului de ipotecă.

În concluzie, câtă vreme în conținutul contractului de ipotecă, valabil încheiat, se găsesc, în mod concret sau prin referire, toate elementele esențiale pentru a permite pornirea executării silite, acesta este apt de a fi pus în executare în toate cazurile, indiferent dacă obligația garantată derivă dintr-un titlu executoriu sau nu.

În opinia noastră, dimpotrivă, nu este deloc indiferent, dacă obligația garantată derivă sau nu dintr-un titlu executoriu. Caracterul accesoriu al contractului de ipotecă, nu poate fi înlăturat.

Instanța supremă a arătat că, analizând rațiunile pentru care ar fi necesară dublarea caracterului executoriu al contractului de ipotecă, din perspectiva proporționalității acestei măsuri, astfel cum rezultă aceasta din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia garantării dreptului la un proces echitabil reglementat de art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, instanța învestită cu dezlegarea prezentei chestiuni prealabile a reținut următoarele:

Preluând jurisprudența Curții Europene, noul Cod de procedură civilă stabilește, în art. 6 alin. (2), că dispozițiile alin. (1) al aceluiași articol privitoare la dreptul la un proces echita-

bil, în termen optim și previzibil, se aplică în mod corespunzător și executării silite; în același sens, jurisprudența Curții în materia executării silite este constantă în a stabili că executarea unei hotărâri judecătorești trebuie privită ca parte integrantă a procesului echitabil, garantat de art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului. În acest context, obligația pozitivă a statului este de a asigura executarea în mod prompt și efectiv a hotărârilor judecătorești și a altor titluri executorii recunoscute de lege.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului amintește că dreptul la executarea unei hotărâri judecătorești este unul dintre aspectele dreptului de acces la justiție (a se vedea Cauza Hornsby împotriva Greciei, Hotărârea din 19 martie 1997, paragraful 40). În același sens, Curtea consideră că dreptul de acces la justiție nu este absolut (cauzele Golder împotriva Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, Hotărârea din 21 februarie 1975, paragraful 36; Waite și Kennedy împotriva Germaniei [MC]), acesta reclamând prin chiar natura sa o reglementare din partea statului. Statele contractante se bucură în această materie de o oarecare marjă de apreciere. Totuși, este de competența Curții să statueze în ultimă instanță asupra respectării cerințelor Convenției; astfel, va trebui să se convingă de faptul că limitele impuse nu restrâng accesul oferit individului într-o asemenea manieră încât să aducă atingere înseși substanței dreptului. O asemenea limitare nu este conformă cu art. 6 paragraful 1 din Convenție decât în măsura în care vizează un scop legitim și există un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit. Dacă limitarea este compatibilă cu aceste principii, art. 6 paragraful 1 nu este încălcat (Cauza Prințul Hans Adam II al Liechtensteinului împotriva Germaniei [MC], hotărârea din 12 iulie 2001, paragraful 44; Cauza Sabin Popescu contra României, hotărârea din 2 martie 2004, paragraful 66).

Fără îndoială, că etapa executării silite este importantă și trebuie realizată cu celeritate, însă, tocmai în virtutea respectării principiului legalității, considerăm că un contract accesoriu, ca cel de ipotecă, să poată fi executat doar dacă contractul în temeiul căruia a fost constituită ipoteca, reprezintă titlu executoriu.

Instanța supremă a mai reținut că, pe tărâmul proporționalității măsurii nu ar fi rezonabil să i se pretindă creditorului aflat în posesia unui titlu executoriu, în cauză un contract de ipotecă, să își constituie un alt titlu executoriu pentru realizarea unei creanțe certe, lichide și exigibile. În acest sens, regula este că dacă reclamantul (în prezentul litigiu, creditorul) dispune de mai multe căi de recurs potențial efective, în sensul autonom consacrat de Convenție pentru noțiunea de recurs efectiv, acesta are obligația de a o utiliza doar pe aceea considerată cea mai adecvată satisfacerii creanței sale.

Mai mult, pe terenul executării silite, chiar și între particulari, deci în raportul pe orizontală, se apreciază că subzistă regula impusă de instanța de contencios european a drepturilor omului ca statul să se doteze cu un arsenal suficient, inclusiv la nivel legislativ, pentru a face posibilă executarea într-un termen rezonabil a unei hotărâri judecătorești sau a altui înscris căruia legea îi atribuie caracterul de titlu executoriu. În același sens, reglementarea în favoarea creditorului a unor garanții reale sau personale este asigurată pentru ca titularul creanței să aibă la dispoziție anumite facilități pentru satisfacerea dreptului său.

În opinia instanței supreme, nu s-ar putea explica altfel care ar putea fi rațiunile legiui-

torului pentru adoptarea dispozițiilor art. 2.431 C. civ., dacă, prin respingerea unei cereri de executare silită a unui contract de ipotecă valabil încheiat, în absența unui alt titlu executoriu care să constate o creanță certă, lichidă și exigibilă, această dispoziție, instituită în favoarea creditorului ar rămâne fără substanță. În acest context se apreciază că se aplică pe deplin principiul interpretării unui text legal în sensul în care acesta poate produce efecte juridice, nu în acela în care ar rămâne fără efect legal (*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*).

Este adevărat că, principiul enunțat se aplică ca regulă specifică de interpretare, însă, în opinia noastră, prevederile legale trebuie interpretate unele în corelație cu altele și nu doar, izolat, fără legătură între acestea. Între contractul de ipotecă și cel în temeiul căruia a fost constituit, există o legătură de interdependență, de subordonare, care nu se poate elimina, pur și simplu, doar pentru că se recunoaște contractului de ipotecă, caracter de titlu executoriu.

Contractul de ipotecă, nu poate fi înțeles în mod independent, fără un contract principal, pe care să îl însoțească, în funcția sa, de garanție reală.

Instanța supremă, a ajuns la concluzia că art. 2.431 C. civ. instituie în mod independent caracterul de titlu executoriu contractului de ipotecă, iar acest caracter nu este condiționat de faptul că și creanța garantată prin contractul de ipotecă, să rezulte dintr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu, ceea ce este necesar a fi verificat fiind caracterul cert, lichid și exigibil al acestei creanțe.

Dimpotrivă, arătăm că pentru declanșarea procedurii de executare a ipotecii, trebuie îndeplinite cumulativ două condiții, respectiv: creditorul să fie în posesia unui titlu executoriu și să justifice o creanță certă, lichidă și exigibilă. Neîndeplinirea uneia dintre cerințe, atrage nelegalitate declanșării executării ipotecii în astfel de condiții²¹.

Ori, în opinia noastră, în absența caracterului independent al contractului de ipotecă, acesta nu poate fi executat silit.

Pentru considerentele menționate, în temeiul art. 521 cu referire la art. 519 C. proc. civ., instanța supremă a admis sesizarea formulată de Tribunalul București - Secția a IV-a civilă privind pronunțarea unei hotărâri prealabile și, în consecință a stabilit că în interpretarea dispozițiilor art. 2.431 C. civ. raportat la art. 632 C. proc. civ. este posibilă executarea silită a unei creanțe garantate printr-un contract de ipotecă valabil încheiat, ce constituie titlu executoriu, chiar dacă dreptul de creanță însuși nu este constatat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu.

13. Concluzii

În opinia noastră, punctul de vedere corect, este cel al primei instanțe, Judecătoria Sectorului 6 București, care a respins cererea de încuviințare a executării silite, reținând că, din interpretarea art. 632 C. proc. civ. și art. 2.430-2.431 C. civ., caracterul executoriu al

²¹ E. Oprina, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, vol. II. Art. 1650-3664 (colectiv), Editura Hamangiu, București, 2012, p. 832.

ipotecii este condiționat de existența unui titlu executoriu în ceea ce privește creanța garantată, care trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă.

Astfel, cum am argumentat, contractul de ipotecă nu poate fi privit independent de contractul în temeiul căruia a fost constituit, astfel încât trebuie să se aplice regula potrivit căreia accesoriul urmează soarta principalului. Atât timp cât, contractul principal nu are caracter de titlu executoriu, nici contractul accesoriu nu va putea fi executat silit.

Câteva observații cu privire la regimul juridic al clauzelor considerate de lege nescrise

Some remarks on the legal status of the clauses considered unwritten by law

Lect. univ. dr. **Florina Popa***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

Clauses deemed unwritten is a sui generis contractual sanction, other than nullity, to provide, in principle, saving contract, which deprives the contractual stipulations effects contrary to mandatory rules and morality, replacing them with applicable legal law. Even if the penalty clauses deemed unwritten legal regime is similar to the partial nullity of the contract rules, its operating mechanism is more flexible, and could take effect without court intervention.

Keywords: clauses deemed unwritten; autonomous sanction; effects

Rezumat

Clauzele considerate de lege nescrise reprezintă o sancțiune contractuală sui generis, diferită de nulitate, menită să asigure, în principiu, salvarea contractului, sancțiune care privează de efecte stipulațiile contractuale ce contravin normelor imperative și bunelor moravuri, înlocuindu-le de drept cu dispozițiile legale aplicabile. Chiar dacă sancțiunea clauzelor considerate nescrise prezintă similitudini de regim juridic cu nulitatea parțială a contractului, mecanismul său de operare este mai flexibil, putându-și produce efectele și fără intervenția instanței de judecată.

Cuvinte-cheie: clauze considerate de lege nescrise; sancțiune autonomă; efecte

1. Introducere

Din perspectiva sancțiunilor civile¹ ce vizează condițiile de validitate a contractului,

* florina.popa@e-uvt.ro

¹ *Sancțiunea de drept civil reprezintă orice consecință negativă, prestabilită prin lege sau prin convenția părților, pe care, în cadrul unui raport juridic de constrângere (efectivă sau potențială), la cererea celui interesat, trebuie să o suporte, în persoana sa, în patrimoniul său ori în manifestările sale juridice obiectualizate, subiectul de drept civil care, cu sau fără vinovăție, a săvârșit un fapt juridic sau a încheiat un act juridic, contrare – prin ele însele sau prin urmările lor – legii civile, ordinii social – politice, economice și juridice ori regulilor de conviețuire socială specifice domeniului raporturilor juridice civile - a se vedea: D. Chirică, M. Mureșan, *Contribuții la studiul conceptului de sancțiune civilă*, în „*Studii de drept privat*”, Editura Universul Juridic, București, 2010, pag. 101.*

art. 1246 alin.1 Cod Civil dispune că „*orice contract încheiat cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulității, dacă prin lege nu se prevede o altă sancțiune (s.n.)*”. Din analiza acestor dispoziții legale se poate desprinde concluzia că nulitatea își păstrează statutul de sancțiune tradițională în materia încălcării condițiilor de validitate a contractului, însă, totodată, și aceea că legiuitorul a intenționat să creeze premisele unei diversificări a sferei sancțiunilor în această materie, întrucât norma citată prevede că sancțiunea nulității se va aplica în condițiile precizate doar dacă legea nu instituie o altă sancțiune.

Una dintre sancțiunile pe care noul Cod civil le-a importat din legislația străină² este cea a clauzei considerate nescrise, despre care legiuitorul face vorbire în mai multe articole³, fără însă a o defini, respectiv fără a-i configura în mod expres regimul juridic.

Noul Cod civil include clauzele considerate nescrise în peisajul sancțiunilor contractuale prin raportare la instituția nulității⁴. Astfel, conform art. 1255 din noul Cod Civil „*clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise (s. n.) atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat. În cazul în care contractul este menținut în parte, clauzele nule sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile. Dispozițiile alin. 2 se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise.*” (s. n.)

Lipsa unei definiții legale, respectiv absența unui regim juridic configurat în mod neechivoc de legiuitor, au constituit o provocare pentru doctrină⁵, care a rămas ținută să

² A se vedea: art. 2402 din Codul civil din Quebec, și, respectiv, art. 900 din Codul civil belgian, precum și dispozițiile art. 1153 și 1231 ale aceluiași act normativ. De asemenea, instituția clauzelor reputate nescrise este reglementată în art. 483, 995, 1002, 1006 și 1104 din Codul civil elvețian.

³ Aplicații ale clauzelor considerate nescrise se regăsesc în toate materiile dreptului civil, însă cea mai mare parte sunt incidente în domeniu obligațiilor și contractelor. Pentru o enunțare aproape exhaustivă a acestora, a se vedea: G. Boroș, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, pag. 247 – 248. Pe de altă parte, este de remarcat că aplicații ale clauzei considerate nescrise întâlnim și în Codul de procedură civilă. Spre exemplu, art. 115 alin. 2 NCPC prevede că: „*Alegerea competenței prin convenție este considerată ca nescrisă dacă a fost făcută înainte de nașterea dreptului la despăgubire.*” Consecința constatării caracterului nescris al clauzei de alegere a competenței va fi ineficientă, asiguratul având opțiunea de a adresa cererea privitoare la despăgubiri oricăreia dintre instanțele prevăzute la art. 115 alin. 1, respectiv: instanța în a cărei circumscripție se află: 1. domiciliul sau sediul asiguratului; 2. bunurile asigurate; locul unde s-a produs riscul asigurat, dar și opțiunea de a se prevala de regula generală, consacrată de art. 107 NCPC.

⁴ Cu toate că această sancțiune nu a fost reglementată în Codul civil de la 1864, ea putea fi regăsită în unele acte normative cu caracter special, „contemporane” cu vechiul Cod civil. Astfel, art. 4 alin. 1 din Legea 59 / 1934 asupra cecului prevedea că „*mențiunea de acceptare trecută pe cec se socotește nescrisă*”, iar art. 7 din aceeași lege, statua că „*orice stipulațiune de dobândă înscrisă în cec se socotește nescrisă*”. Mențiuni similare se puteau identifica și în art. 5 din Legea 58 / 1934, asupra cambiei și biletului la ordin, care prevedea că „*cifra dobânzii va trebui să fie arătată în cambie; în lipsa acestei arătări, stipulația se socotește nescrisă.*” În ceea ce privește legislația mai recentă, sancțiunea clauzelor reputate nescrise a fost „antamată” prin dispozițiile art. 6 din Legea 193/2000, privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, care stipulează că acele clauze abuzive care sunt cuprinse în contract și au fost constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege **nu vor produce efecte** (s. n.) asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua.

⁵ În acest sens, s-a spus chiar că „*reglementând această noutate, Codul civil nu arată în mod expres, care este sancțiunea aplicabilă unor asemenea clauze sau dacă însăși expresia „considerată nescrisă” reprezintă o sancțiune autonomă*” - a se vedea: P. Filip, *Nulitatea actului juridic civil prin prisma interesului ocrotit*, Editura

răspundă următoarelor întrebări: cum identificăm clauzele considerate nescrise?; este sancțiunea clauzei nescrise una autonomă?; și, în cazul unui răspuns afirmativ, care este regimul juridic al acestei sancțiuni?⁶

2. Regimul juridic al clauzelor considerate nescrise

Înainte de a defini instituția ce face obiectul prezentului studiu, trebuie făcută o precizare terminologică: expresia „clauze considerate nescrise” nu desemnează o clauză sau un act juridic **inexistent**, „*ci este doar o figură de stil, vrând să sublinieze ideea că respectiva clauză nu poate produce vreo consecință*”⁷.

În încercarea de a defini clauzele reputate nescrise, în literatura juridică s-au exprimat mai multe opinii. Astfel, autorul M. Nicolae consideră că „*clauzele considerate nescrise nu sunt neapărat și în mod inevitabil clauze ilicite nule (i.e. lovite de nulitate absolută), ci și clauze ilicite sancționate cu nulitatea relativă, însă nu prin acțiunea în anulare, ci cu o nulitate relativă care operează de plin drept*”.⁸ Într-o altă opinie, clauzele considerate de lege ca

Hamangiu, București, 2016, pag. 82.

⁶ Adițional acestor întrebări, autoarea C.T. Ungureanu se întreabă și care este raportul dintre clauzele considerate nescrise și clauzele nule, precum și care este consecința eliminării din contract a clauzelor considerate nescrise și a clauzelor nule – a se vedea: C.T. Ungureanu, *Clauzele considerate de noul Cod civil ca nescrise reprezintă o sancțiune autonomă?*, în revista „Dreptul” nr. 10/2013, pag. 50; cu privire la aceste aspecte, a se vedea și M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina Noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în „Dreptul”, nr. 11/2012, pag. 11 -39; Ș. Diaconescu, *Unele considerații cu privire la sancțiunea nulității și la noțiunea de clauză nescrisă în reglementarea noului Cod civil*, în „Studia Universitatis Babeș Bolyai – Iurisprudentia”, nr. 3/2013, pag. 126-143. Pentru abordări mai recente ale acestei teme, a se vedea: S. Stoicescu (Pelican), *Clauzele nescrise în sistemul Codului civil*, în „Revista Română de Drept Privat”, nr. 2/2015, pag. 193 – 217 și A. C. Gherghe, *Considerații asupra clauzei reputate nescrise*, în „Revista de Științe Juridice”, 2014, Vol. 25 Issue 2, p.116-126. Acest material este accesibil și pe platforma „Juridice.ro”, la adresa: <https://www.juridice.ro/356984/consideratii-asupra-clauzei-reputate-nescrise.html>

⁷ A se vedea: P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații (Ediția a 2 – a revizuită)*, Editura Hamangiu, București, 2017, pag. 438, care afirmă că actualul Cod civil „*abuzează de locuțiunea (demodată) clauză nescrisă.*” În ceea ce privește reperetele terminologice, și autorul Ș. Diaconescu consideră că o clauză nescrisă nu reprezintă o clauză inexistentă sau care să poată fi total ignorată, câtă vreme, potrivit art. 1402 NCC, poate atrage aneantizarea întregului contract, atunci când are caracter esențial – Ș. Diaconescu, *op. cit.*, pag. 135. Cu privire la acest aspect, autoarea C.T. Ungureanu apreciază că expresia „*clauză considerată nescrisă*” reprezintă o ficțiune juridică, care nu echivalează cu negarea existenței materiale a clauzei, desemnează privarea acesteia de forță obligatorie – C.T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 60. În sensul că aceste clauze nu afectează contractul, „*putând fi pur și simplu ignorate, aplicându-se prevederea de la art. 1255 alin. 3 Cod civil*”, a se vedea: S. Neculaescu, *Izvoarele obligațiilor în Codul civil, art. 1164 – 1395. Analiză critică și comparativă a noilor texte normative*, Editura C. H. Beck, București, 2013, pag. 338. În același sens, autorul M. Nicolae, afirmă că „*clauzele considerate nescrise nu sunt altceva decât o varietate a clauzelor (convențiilor) ilicite accesorii, nule de plin drept*”, și afirmă că în niciun caz nu ne-am afla „*în fața unei sancțiuni specifice, autonome, denumită inexistență.*” – M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32.

⁸ M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 39. În sensul că una dintre ipotezele în care avem de-a face cu nulitatea parțială este tocmai ipoteza clauzelor nescrise a se vedea și: G. Tița – Nicolescu, *Contractul de adeziune și contractul încheiat cu consumatorii. Clauzele externe și clauzele neuzuale. Clauzele nescrise*, în „Universul juridic” nr. 2/2018, pag. 30. De asemenea, în același sens a se vedea și: G. Boroi, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, pag. 247 – 248, unde se susține că „*(...)clauzele nescrise pot fi privite ca nulități absolute și parțiale care, însă, operează de drept.*”, respectiv: C. Zamșa, *Comentariu la art. 1204-1288 NCC*, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole. Art. 1 - 2664”, Editura C. H. Beck, București, 2012, coordonatori: Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, pag. 1315; G. Răducan, *Comentarii, doctrină și jurisprudență (la art. 1146 - 1265)*, în „Noul Cod civil. Comentarii,

nescrise sunt „clauzele încheiate prin încălcarea unor norme imperative sau a bunelor moravuri care, prin însuși conținutul lor și independent de voința și interesul părților, sunt lipsite de orice forță obligatorie”⁹. În fine, potrivit unei alte opinii, exprimate mai recent, suntem în prezența unei astfel de clauze „(...) atunci când o stipulație contractuală autonomă, neesențială prin natura ei sau potrivit voinței părților (căci contractul s-a fi încheiat chiar în absența ei), contravine unei norme legale imperative și este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile”¹⁰.

În opinia noastră, clauzele considerate de lege nescrise reprezintă o sancțiune contractuală *sui generis*, diferită de nulitate, menită să asigure, în principiu, salvarea contractului, care privează de efecte stipulațiile contractuale ce contravin normelor imperative și bunelor moravuri, înlocuindu-le de drept cu dispozițiile legale aplicabile.

În ceea ce ne privește, considerăm că, din interpretarea *per a contrario* dispozițiile art. 1255 alin. 1 NCC, intitulat marginal „nulitatea parțială a contractului”¹¹, se poate desprinde concluzia potrivit căreia clauzele considerate nescrise reprezintă o sancțiune diferită de nulitatea totală a contractului¹², câtă vreme dispozițiile legale evocate statuează că, în principiu, doar clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri „și care nu sunt considerate nescrise (s. n.)” sunt susceptibile să atragă nulitatea contractului „în întregul său” (s. n.) - însă chiar și cele dintâi doar în ipoteza în care „sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat”. În caz contrar, adică dacă clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise nu sunt, prin natura lor, esențiale, sau dacă, chiar în absența inserării lor în contract, acesta totuși s-ar fi încheiat, contractul va fi menținut în parte, cu consecința înlocuirii de drept¹³

doctrină și jurisprudență”, vol. II, Editura Hamangiu, București, 2012, pag. 518.

⁹ C.T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 60.

¹⁰ A. C. Gherghe, *Considerații asupra clauzei reputeate nescrise*, în „Revista de Științe Juridice”, 2014, Vol. 25 Issue 2, p.116-126. Acest material este accesibil și pe platforma „Juridice.ro”, la adresa: <https://www.juridice.ro/356984/consideratii-asupra-clauzei-reputeate-nescrise.html>

¹¹ Pentru o analiză a controversatelor dispoziții ale art. 1255 NCC, a se vedea: I. Reghini, *Câteva caractere ale nulității contractului desprinse din reglementările Codului civil*, în „Dreptul”, nr. 4 / 2013, pag. 34 – 35, unde autorul arată că „(...) înlocuirea clauzelor nule sau nescrise cu dispozițiile legale aplicabile nu are loc întotdeauna, ci doar atunci când există astfel de dispoziții. Așa de exemplu, dacă o clauză este nulă deoarece contravine bunelor moravuri, ea va fi înlăturată fără a putea fi înlocuită cu o dispoziție legală. În schimb, dacă printr-o clauză contractuală se stabilește un termen de prescripție de 10 luni, cu toate că ar fi fost aplicabil termenul general de trei ani, este evident că acea clauză va fi nulă potrivit prevederii din art. 2515 alin. (6) și, ca urmare, înlocuită cu prevederea din art. 2517 C.civ., care stabilește termenul general de 3 ani”.

¹² Relativ la caracterul distinct al celor două sancțiuni s-a spus că „(...) faptul că două cauze de ineficacitate a clauzelor contractuale sunt prevăzute în același articol din Cod și conduc la același efect nu este de natură, prin el însuși, să facă din cele două sancțiuni una și aceeași instituție juridică, întrucât, dacă legiuitorul ar fi dorit astfel, în primul rând nu le-ar fi conferit o denumire specifică (ar fi un nonsens ca legea să denumească în două feluri diferite una și aceeași sancțiune) și, apoi, nu ar fi făcut diferența în art. 1255 între clauze nule și clauze nescrise, inclusiv în alin. (2) și (3), în care se prevede efectul acestora”. - a se vedea: A. C. Gherghe, *Considerații asupra clauzei reputeate nescrise*, în „Revista de Științe Juridice”, 2014, Vol. 25 Issue 2, p. 116-126. Acest material este accesibil și pe platforma „Juridice.ro”, la adresa: <https://www.juridice.ro/356984/consideratii-asupra-clauzei-reputeate-nescrise.html>

¹³ Cu privire la înlocuirea de drept a clauzelor considerate nescrise sau a celor nule cu dispozițiile legale aplicabile, autorul I. Reghini subliniază că „printre altele, aceasta înseamnă: că instanța este obligată să facă această substituție fără a avea nevoie de acordul părților; că substituția va opera chiar dacă instanța ar omite să

a clauzelor nule cu dispozițiile legale aplicabile (art. 1255 alin. 2 NCC). Același efect este instituit de legiuitor și pentru clauzele care sunt considerate nescrise, respectiv și acestea vor fi înlocuite de drept cu dispozițiile legale aplicabile, întocmai ca și clauzele nule, potrivit dispozițiilor art. 1255 alin. 3 NCC, coroborat cu alin. 2 al aceluiași articol. Trebuie observat însă că, deși potrivit art. 1255 NCC, de regulă incidența clauzelor considerate ca nescrise într-un contract nu ar putea atrage nulitatea totală a acestuia, art. 1402 NCC, potrivit cu care „*condiția imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri este considerată nescrisă, iar dacă este însăși cauza contractului*”¹⁴, atrage nulitatea absolută a acestuia” (s. n.), instituie o excepție în acest sens, justificată prin aceea că, prin ipoteză, clauza reputată ca nescrisă are caracter esențial, fiind „*însăși cauza contractului*”¹⁵.

În pofida existenței unor similitudini de regim juridic, clauzele considerate ca nescrise se deosebesc de clauzele care atrag nulitatea parțială actului, indiferent dacă este vorba despre nulitatea relativă sau despre nulitatea absolută a acestuia¹⁶.

Comparând nulitățile relative parțiale cu clauzele considerate ca nescrise, observăm că se aseamănă, în esență, prin aceea că ambele sancțiuni își au originea în cauze

se preocupe de acest aspect, constatând doar nulitatea clauzei; că substituirea acestor clauze va opera retroactiv, din momentul încheierii actului juridic, cu eventualele consecințe ce decurg de aici”. – I. Reghini, *op. cit.*, pag. 34 – 35. Pe de altă parte, așa cum judicios s-a observat, există situații în care clauza considerată nescrisă nu este susceptibilă de a fi substituită printr-o dispoziție legală corespunzătoare, cum este ipoteza vizată de art. 267 alin. 2 NCC, potrivit cu care „*Clauza penală stipulată pentru ruperea logodnei este considerată nescrisă*”, în acest caz clauza nescrisă fiind doar eliminată, deoarece înlocuirea ei nu este posibilă – C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 52.

¹⁴ A se vedea: C. T. Ungureanu, *lucr. cit.*, pag. 52-53. Autoarea semnalează și confuzia pe care legiuitorul a făcut-o la redactarea art. 1260 NCC, referitor la conversiunea contractului nul, unde, în loc să prevadă că mecanismul conversiunii operează în caz de nulitate **totală**, face vorbire despre nulitatea **absolută**. În același sens, într-o altă opinie s-a arătat că „*Uneori, legiuitorul, din dorința de a fi concis, abandonează rigoarea exprimării și folosește cuvântul anulare pentru situații în care nulitatea are în mod vădit un caracter absolut, ca în cazul anulării hotărârii declarative de moarte și al anulării actelor de stare civilă, sau pentru situații care privesc și nulitatea absolută, ca în cazul art. 39 alin. (2) C. civ*” - a se vedea: I. Reghini, *op. cit.*, pag. 29. Pe de altă parte, ezitarea legiuitorului din perspectiva diferențierilor de regim juridic între cele două sancțiuni se reflectă și în art. 2075 NCC (care în alin 2 stipulează că „*clauza de neconcurență trebuie redactată în scris, sub sancțiunea nulității absolute*”, pentru ca în alin. 3 să prevadă că orice extindere a sferei clauzei de concurență în afara limitelor instituite în mod expres „*este considerată nescrisă*”). Aceeași inconsecvență se remarcă și în alte acte normative unde este consacrată această sancțiune, cum este cazul art. 641 NCPC, potrivit cu care „*înscrisurile sub semnătură privată sunt titluri executorii, numai dacă sunt înregistrate în registrele publice, în cazurile și condițiile anume prevăzute de lege. Orice clauză sau convenție contrară este nulă și considerată astfel (s. n.) nescrisă (...)*”.

¹⁵ S-a spus despre dispozițiile art. 1402 NCC că, „*legiuitorul oscilează aici între sancțiunea clauzei considerate nescrise și nulitate (pe când ar fi trebuit să prevadă de la început sancțiunea nulității parțiale), iar apoi confundă nulitatea totală (care ar fi trebuit să intervină în cazul în care condiția imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri, este însăși cauza contractului) cu nulitatea absolută*” - C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 53.

¹⁶ Judicios s-a remarcat că, chiar dacă nulitatea are regim juridic diferențiat în funcție de caracterul absolut sau relativ al acesteia, acțiunea în nulitate nu ar trebui abordată distinct „*ca fiind două forme ireconciliabile de acțiune. Chiar dacă nulitatea absolută se constată eventual din oficiu iar nulitatea relativă se pronunță numai la cerere, în realitate nu avem de a face cu o acțiune în constatare propriu zisă, în sensul art. 111 C. pr. civ (art. 35 C. pr. civ. nou), ci mai degrabă cu o diferență semantică menită să sublinieze diferența de regim juridic dintre cele două acțiuni*.” – a se vedea: Ș. Diaconescu, *lucr. cit.*, pag. 130. Autorul citat conchide că ar fi incorectă „*o soluție de genul respingerea unei acțiuni în nulitate pentru faptul că nu a fost calificată ca absolută sau relativă sau respingerea pentru că a fost calculată ca o acțiune în anulare, deși în opinia instanței ar fi vorba de o singură acțiune, cu regim juridic diferit în funcție de forma de nulitate la care se încadrează, efectele nulității fiind de principiu identice*.”

anterioare sau concomitente cu încheierea contractului, și ambele sancțiuni au remedii similare: dispozițiile nule sau considerate nescrise se înlocuiesc, în mod corespunzător, cu dispozițiile legale valabile (art. 1255 alin. (3) C. civ.). De asemenea, efectele desființării clauzei anulabile, respectiv a celei considerate nescrise sunt aceleași, inclusiv în ceea ce privește caracterul retroactiv, considerându-se că nu au existat și că nu au produs niciodată efecte, iar în cazul în care au fost deja executate, prestațiile se impun a fi restituite în conformitate cu dispozițiile art. 1639 NCC- 1647 NCC.

Între cele două sancțiuni există însă importante diferențe: astfel, spre deosebire de nulitatea relativă, caracterul nescris al unei clauze poate fi invocat oricând și de către orice persoană interesată, chiar și de către instanță, din oficiu¹⁷. Mai mult decât atât, prin raportare la prezumția de nevalabilitate a unei clauze nescrise, în doctrină s-a ridicat întrebarea cât de largă este sfera autorităților care ar putea aplica din oficiu această sancțiune, în sensul constatării caracterului său nescris și, consecutiv, înlocuirii de drept a acesteia cu dispozițiile legale corespunzătoare, avansându-se teza că interpretarea textelor de lege ar trebui realizată astfel încât și alte autorități decât instanțele judecătorești să poată înlătura efectele clauzelor considerate nescrise înainte de executare¹⁸, paralizând astfel producerea unor efecte care ulterior ar trebui desființate, evitându-se astfel riscurile și dificultățile pe care le presupune adesea restabilirea situației anterioare.

Pe de altă parte, spre deosebire de clauza reputată ca nescrisă¹⁹, nulitatea relativă poate fi confirmată, poate fi refăcută sau adaptată, astfel încât să producă efecte. Referitor la im-

¹⁷ Pentru opinia potrivit cu care instanța nu ar avea prerogative de a aprecia asupra caracterului nescris al clauzei, rolul acesteia limitându-se la constatarea executării incorecte a contractului, a se vedea S. Gaudemet, *Les clauses réputées non écrites*, thèse Paris 2, pref. Y. Lequette, Economica, 2006, nr. 129, *apud*. I. Popa, *Nulitățile extrinseci în dreptul civil*, în „*Revista Română de Drept Privat*”, nr. 6/2014, pag. 163. Într-o altă opinie doctrinară autohtonă s-a exprimat opinia că instanța de judecată nu ar fi, totuși, „obligată să dispună că o clauză este nescrisă”, deoarece, oricum respectiva clauză va fi eliminată din contract „*prin forța legii. Instanțele, în caz de contestație, pot cel mult să constate că, prin efectul unei ficțiuni a legii, clauza este considerată a nu fi intrat în câmpul contractual.*”

¹⁸ Ș. Diaconescu, *op. cit.*, pag. 136. Autorul se întreabă dacă, spre exemplu, ar putea sancționa din oficiu o clauză reputată ca nescrisă registratorul O. C. P. I., refuzând înscrierea în cartea funciară a unui drept afectat de o condiție vădit contrară legii sau bunelor moravuri, sau dacă directorul Oficiului Registrului Comerțului, s-ar putea prevala de dispozițiile art. 218 alin. 3 NCPC pentru a respinge cererea de înregistrare a unui act constitutiv care conferă unei persoane atribuția de reprezentare permanentă, contrar dispozițiilor legale. În opinia autoarei C. T. Ungureanu răspunsul pare să fie negativ, pe considerentul că, dacă s-ar proceda astfel, autoritățile publice „(...) fie s-ar subroga în drepturile părților, hotărând soarta unei clauze contractuale din contractul lor, fie și-ar aroga atribuții de organ jurisdicțional, investit cu îndreptarea și calificarea clauzelor contractuale.” - C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 58. Aceeași autoare atrage atenția că, în unele situații, clauzele nescrise nu sunt întotdeauna clare, fiind necesară interpretarea lor, iar această operațiune de interpretare rămâne atributul instanțelor de judecată, în cazul dezacordului dintre părțile litigante asupra acestui aspect. În concluzie, autoarea conchide că sancțiunea clauzelor considerate nescrise nu ar putea opera *de drept*, deoarece, pentru ca părțile să poată invoca lipsa de forță juridică a clauzei au nevoie să facă dovada că acea clauză este considerată nescrisă, „iar dovada se poate face numai cu hotărârea judecătorească sau cu un act juridic prin care s-a urmat mecamsimul de nulitate amiabilă” - C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 59.

¹⁹ Deși clauza considerată de lege nescrisă nu poate fi confirmată, este de discutat, totuși, dacă ipoteza prevăzută de art. 1151 NCC nu instituie o excepție de la acest principiu. Această prevedere legală dispune: „(1) Raportul se face prin echivalent. **Este considerată ca nescrisă dispoziția care impune donatarului raportul în natură.** (2) Cu toate acestea, donatarul **poate efectua raportul în natură** dacă la data cererii de raport este încă proprietarul bunului și nu l-a grevat cu o sarcină reală și nici nu l-a dat în locațiune pentru o perioadă mai mare de 3 ani”.

posibilitatea confirmării clauzei reputate ca nescrise, în doctrină s-a arătat că „regularizarea, ca procedeu de salvare a contractului constând în corectarea viciului sau dispariția lui, nu este posibilă în cazul clauzei considerate inexistente. Specificul sancțiunii clauzei considerate nescrise este lipsirea automată de forță juridică, astfel că numai celelalte clauze valabile sunt luate în calcul. **Regularizarea, ca procedeu de salvare este deci exclusă.** Viciul generat de clauză este epurat și intervenția părților se reduce la o regularizare formală. (...)”²⁰. Într-o altă opinie s-a spus însă că „**oricare din aceste clauze pot fi, în principiu, refăcute, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege la data refacerii lor, în baza principiului *tempus regit actum* (art. 6 alin. 1 NCC) cu mențiunea că în astfel de cazuri clauzele respective vor produce efecte numai *ex nunc*, nu și *ex tunc*. (art. 1259)”²¹. Ne întrebăm însă dacă cea din urmă dintre opiniile citate nu are în vedere, de fapt, „refacerea” clauzei considerate nescrise prin intermediul mecanismului juridic instituit de dispozițiile art. 1255 alin. 3 coroborat cu alin. 2 NCC, și anume înlocuirea de drept a acestora cu dispozițiile legale aplicabile. În opinia noastră, dacă se pornește de la premisa că, clauzele considerate nescrise reprezintă o instituție reglementată de norme imperative, ce țin de ordinea publică, acestea nu sunt susceptibile de confirmare, deoarece, potrivit art. 11 NCC, „nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică sau de la bunele moravuri.”**

Acțiunea în declararea nulității este o acțiune în realizare – hotărârea judecătorească este constitutivă de drepturi, iar clauza lovită de nulitate obligă părțile, câtă vreme nu a fost pronunțată o hotărâre judecătorească sau nu a intervenit nulitatea amiabilă, beneficiind de prezumția de valabilitate, în timp ce acțiunea în constatarea caracterului nescris al unei clauze este o acțiune în constatare – hotărârea judecătorească urmând a avea caracter declarativ²², iar în absența unei hotărâri judecătorești care să respingă cererea de

²⁰ A se vedea: I. Turcu, *Noul Cod Civil. Cartea V. Despre obligații- art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Editura C. H. Beck, București, 2011, pag. 317. În același sens, a se vedea și: P. Filip, *op. cit.*, pag. 83, unde se arată că „(...) o clauză nescrisă nu poate fi confirmată pentru că nu se poate confirma ceea ce nu există, ceea ce este considerat un neant.”

²¹ M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32 - 33. Autorul face trimitere la dispozițiile art. 1277 NCC, care prevede că sunt reputate ca nescrise atât clauza prin care s-ar suprima obligația respectării unui termen rezonabil de preaviz pentru denunțarea unilaterală a unui contract încheiat pe o perioadă nedeterminată, cât și clauza prin care s-ar stipula o prestație în schimbul denunțării contractului, întrebându-se ce s-ar întâmpla „(...) dacă beneficiarul ei solicită și primește prestația convenită? Este vorba de o plată valabilă sau de una nevalabilă și supusă restituirii? Credem că plata este valabilă, dacă a fost făcută în cunoștință de cauză, deoarece în joc este un interes exclusiv personal, iar nu unul general. Deci textul sancționează un caz de nulitate relativă, iar nu absolută, ce poate fi acoperită prin confirmarea clauzei socotite nescrise”. În mod contrar, autoarea C. T. Ungureanu, apreciază că atunci când conținutul clauzei reputate nescrise este contrar unor norme imperative sau bunelor moravuri „ (...) clauza se consideră nescrisă **indiferent de natura interesului ocrotit prin norma încălcată, de voința și de interesul părților.**” – C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 59. Analizând aceste puncte de vedere – diametral opuse – considerăm inspirată opțiunea autorului Ș. Diaconescu, care arată că „*opțiunea subsemnatului pentru catalogarea clauzelor reputate ca nescrise ca o formă distinctă de ineficacitate parțială a actului juridic, vizează evitarea oricărui confuzii ce ar putea fi generate cu regimul nulității.*” Același autor arată că „(...) nu ar trebui acceptată posibilitatea confirmării clauzelor reputate ca nescrise, deoarece ar exista posibilitatea ca o autoritate sau un terț să considere că nu produce efecte clauza, planând riscul ca acea clauză să fie eventual confirmată de partea îndreptățită.” - Ș. Diaconescu, *op. cit.*, pag. 137.

²² În acest sens s-a arătat că o acțiune în realizare având ca obiect declararea de către instanță a caracterului nescris al unei astfel de clauze este inadmisibilă, acest drept procedural neexistând, câtă vreme clauza este reputată nescrisă de către legiuitor.- a se vedea: M. Tăbărcă, *Comentariu la art. 245 NCCP*, în V. M.

constatare a caracterului nescris al clauzei, clauza considerată nescrisă nu are forță obligatorie între părți, nebucurându-se de prezumția de valabilitate²³.

În fine, spre deosebire de nulitate, care poate fi și virtuală²⁴, sancțiunea caracterului nescris al clauzei trebuie prevăzută întotdeauna de lege, neputând fi extinsă prin analogie²⁵,

Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, vol. I* (art. 1- 526), Editura Universul juridic, București, 2013, pag. 643, *apud* S. Stoicescu (Pelican), *op. cit.*, pag. 203.

²³ Cu toate acestea, pentru a stabili *cine* și *cum* va realiza operațiunea de eliminare a clauzei nescrise (și, eventual, pe cea de înlocuire a acesteia cu dispozițiile de drept aplicabile), considerăm că este relevant momentul *când* părțile contractului realizează că o anumită clauză este considerată de lege nescrisă (adică *anterior* sau *ulterior* executării voluntare a unei astfel de clauze). Astfel, din această perspectivă, presupunând că partea contractantă în favoarea căreia ar urma să-și producă efectele clauza considerată nescrisă solicită executarea acesteia, se pot distinge mai multe ipoteze:

1) partea adversă **are cunoștință despre caracterul nescris al clauzei** și refuză executarea obligației instituite prin clauza respectivă în sarcina sa; în acest caz, partea contractantă în favoarea căreia ar urma să-și producă efectele clauza considerată nescrisă poate „să se resemneze”, adică să nu insiste în executarea respectivei clauze, sau, dimpotrivă, poate adopta o atitudine ofensivă, fie acționând în justiție partea adversă, în speranța că va obține un titlu executoriu (caz în care, probabil, i se va opune pe calea întâmpinării sau chiar pe calea unei acțiuni reconvenționale caracterul nescris al clauzei respective), fie punând în executare contractul în care este inserată o astfel de clauză, dacă, prin ipoteză, acesta este deja titlu executoriu (caz în care, probabil, i se va opune caracterul nescris al clauzei pe cale de apărare, în cadrul contestației la executare);

2) partea adversă **nu cunoaște caracterul considerat nescris al clauzei**, situație în care execută voluntar prestația, aflând totuși despre existența acestei sancțiuni ulterior executării. Ce remedii procesuale are în acest caz pentru a obține restituirea prestației?

a) dacă executarea clauzei s-a realizat în baza unui contract care nu reprezintă titlu executoriu, se poate intenta o acțiune în constatarea caracterului nescris al clauzei, însoțită de un petit având ca obiect restabilirea situației anterioare (întemeiat pe dispozițiile art. 1635 și urm NCPC, care reglementează „restituirea prestațiilor”).

b) dacă executarea clauzei considerate nescrise se solicită în cadrul unei executări silite a unui contract ce reprezintă titlu executoriu, executorul judecătoresc ar putea (sau **ar trebui?**) să invoce din oficiu caracterul nescris al clauzei și să dea refuz de executare.

c) dacă executarea clauzei se realizează fără impedimente în cadrul unei executări silite în care executorul judecătoresc nu dă dovadă de rol activ și nu sancționează clauza reputată nescrisă printr-un refuz de executare - executare pe care debitorul a contestat-o în condițiile prevăzute de 712 și urm. din NCPC -, acesta va putea obține întoarcerea executării în condițiile art. 724 alin. 3 NCPC, potrivit cu care: „*dacă nu s-a dispus restabilirea situației anterioare în condițiile alin. 1 și 2, cel îndreptățit o va putea cere, pe cale separată, instanței de executare. Judecata se face de urgență și cu precădere, hotărârea fiind supusă numai apelului*”. Credem că, prin ipoteză, art. 724 alin. 3 NCPC are în vedere situația în care titlul executoriu s-a desființat pe calea contestației la executare, însă nu s-a solicitat în cadrul respectivei contestații și întoarcerea executării. Dacă nu s-a uzat de calea contestației la executare, nu se va putea uza nici de dispozițiile art. 724 alin. (3) NCPC pentru a se obține restabilirea situației anterioare, ci, eventual, va trebui formulată acțiunea în constatarea caracterului nescris al clauzei, dublată de un petit având ca obiect restabilirea situației anterioare (întemeiat pe dispozițiile art. 1635 și urm NCPC, care reglementează „restituirea prestațiilor”).

²⁴ Comparând clauzele considerate nescrise cu nulitățile virtuale, s-a afirmat că „*în raport cu sancțiunea aferentă clauzelor declarate de legiuitor ca nescrise, ele nu au niciun alt punct comun cu nulitățile virtuale decât acela că fac parte din aceeași familie a nulităților. Niciodată o clauză declarată nescrisă nu poate evoca o nulitate virtuală, tocmai pentru că prima sancțiune nu există în afara consacării sale de un text legal.*” – a se vedea: E.- F. Popescu, *Rolul nulităților virtuale în etapizarea demersurilor de aplicare a sancțiunii nulității*, în „*Dreptul*” nr. 5/2016, pag. 120.

²⁵ A se vedea: S. Stoicescu (Pelican), *lucr. cit.*, pag. 196. În același sens, a se vedea și: Ș. Diaconescu, *lucr. cit.*, pag. 133, care consideră că este exclusă o categorie a „clauzelor nescrise virtuale”. În mod judicios în doctrină s-a arătat că, „*din moment ce este vorba despre o sancțiune civilă înseamnă că dispozițiile legale care prevăd cazuri de nulitate, cât și acele dispoziții care prevăd o „altă sancțiune” decât nulitatea, au un caracter imperativ și nu pot fi aplicate prin analogie, așa cum se prevede expres în art. 10 C.civ („Legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai*

cea ce înseamnă că acest tip de sancțiune se va aplica exclusiv atunci când legiuitorul o instituie *expressis verbis*²⁶.

Trebuie spus, însă, că nici această trăsătură specifică clauzelor considerate nescrise nu a rămas la adăpost de interogații suplimentare²⁷, ținând seama că, alături de clauzele pe care legiuitorul le-a identificat, *expressis verbis*, ca fiind „considerate nescrise”, acesta face vorbire și despre o altă categorie de clauze, acelea care „nu produc efecte”²⁸, **decât în anumite condiții speciale**. Așa fiind, se naște în mod legitim întrebarea dacă acestea din urmă reprezintă sau nu o sancțiune distinctă de clauza considerată nescrisă? Întâlnim această exprimare a legiuitorului în art. 1659 NCC („dacă în momentul vânzării unui bun individual determinat acesta pierise în întregime, contractul **nu produce niciun efect**”), în art. 2247 NCC („nu produce, de asemenea, niciun efect, contractul prin care s-a constituit cu titlu oneros o rentă pe durata vieții unei persoane, care, la data încheierii contractului, suferă o boală din cauza căreia a murit în interval de cel mult 30 de zile de la această dată”), în art. 1403 NCC, care prevede că „**obligăția contractată sub o condiție suspensivă care depinde exclusiv de voința debitorului nu produce niciun efect.**”

Un alt exemplu din categoria clauzelor care nu produc efecte decât în anumite condiții este cel al dispozițiilor art. 1203 NCC, care reglementează așa numitele „clauzelor neuzuale”²⁹, definite de legiuitor ca fiind „**clauzele standard care prevăd în folosul celui care**

în cazurile expres și limitative prevăzute de lege”) – I. Reghini, *Câteva caractere ale nulității contractului desprinse din reglementările Codului civil, op. cit.*, pag. 16.

²⁶ Cel mai adesea, expresia utilizată de legiuitor este „clauza nescrisă” sau „clauza considerată nescrisă”, însă în loc de „clauză”, legiuitorul poate utiliza și un alt termen echivalent, precum în ipoteza art. 1699 NCC, în care se prevede că „este declarată nescrisă **stipulația prin care s-ar nesocoti limitele clauzei de garanție pentru evicțiune**”. Pe de altă parte, înclinăm să credem că legiuitorul a avut în vedere aceeași sancțiune și atunci când a redactat dispozițiile art. 6 din Legea 193/2000, privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori (care stipulează că acele clauze abuzive care sunt cuprinse în contract și au fost constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege **nu vor produce efecte** (s.n.) asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua). Chiar dacă nu a utilizat noțiunea de clauză considerată nescrisă, a desemnat în textul art. 6 în mod direct efectul acestei sancțiuni, și anume acela că aceste clauze abuzive „nu vor produce efecte”, întocmai ca și clauzele considerate de lege ca fiind nescrise.

²⁷ Cu privire la acest aspect, a se vedea: Ș. Diaconescu, *op. cit.*, pag. 137.

²⁸ Această exprimare a legiuitorului a fost criticată de autorul I. Reghini, care este de opinie că „(...) nu putem trece cu vederea faptul că există o seamă de dispoziții legale care promovează „alte sancțiuni” **ce se caracterizează prin ambiguitate** (s. n.). Este vorba îndeosebi despre acele texte ale Codului civil care folosesc expresii de genul „contractul nu produce niciun efect” (art. 1659 C.civ.), ori „contractul se desființează de drept” [art. 2205 alin. (1)]. Aceste dispoziții ambigue pot fi interpretate atât în sensul că, în speță, nu este vorba despre o altă sancțiune, ci despre o exprimare mai puțin inspirată a legiuitorului prin care se evocă de fapt nulitatea contractului, cât și în sensul că este vorba despre o altă cauză a ineficienței actului”. - I. Reghini, *op. cit.*, pag. 20. Pe de altă parte, există prevederi legale confuz redactate din această perspectivă și în alte acte normative, cum este Codul de procedură civilă, care în art. 641 prevede că „**înscrisurile sub semnătură privată sunt titluri executorii, numai dacă sunt înregistrate în registrele publice, în cazurile și condițiile anume prevăzute de lege. Orice clauză sau convenție contrară este nulă și considerată astfel** (s. n.) **nescrisă (...)**”.

²⁹ Aceste clauze se numesc în dreptul comparat „**surprising terms**”, iar modul lor de reglementare în dreptul autohton a fost inspirat din art. 2.1.20 din Principiile UNIDROIT (L. Pop I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 125-126). Opțiunea doctrinei pentru denumirea acestor clauze ca fiind „surprinzătoare” a fost însă pe drept cuvânt criticată ca fiind „puțin naivă, în condițiile lumii de afaceri contemporane” - A. Almășan, *Discuții cu referire la clauzele neesențiale, neuzuale, standard și externe în procesul încheierii contractelor, în reglementarea Codului Civil, în „Dreptul” nr. 9 / 2014, pag. 142.*

le propune limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor sau care prevăd în detrimentul celeilalte părți decăderea din drepturi ori din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepții, restrângerea libertății de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competența instanțelor judecătorești, **nu produc efecte** decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte (s.n.)". Clauzele neuzuale sunt, așadar, acele clauze standard (sau clauze externe) utilizate pe scară largă de anumite categorii de profesioniști (societăți de asigurare, societăți bancare etc.), care sunt susceptibile de a produce efectele juridice preconizate sub rezerva de a fi fost acceptate *expres și în scris*, de către cocontractant. Având în vedere această dublă condiționare impusă de legiuitor în mod neechivoc, s-ar putea desprinde concluzia că, în absența respectării cumulative a acestor două condiții operează o prezumție a caracterului abuziv al acestor clauze³⁰. S-a spus chiar că, prin neîndeplinirea condițiilor suplimentare de formă cu privire la clauzele neuzuale, acestea nu vor putea produce niciun fel de efecte juridice, fiind considerate clauze nescrise³¹. Pe de altă parte, dacă o clauză standard³² este lipsită de transparență contractuală, adică are o redactare confuză, astfel încât nu se poate face dovada conținutului său real prin apelul la regulile comune de interpretare a contractului, se va aplica regula de interpretare *contra proferentem*, prevăzută de art. 1269 alin. (2) noul Cod Civil, potrivit cu care „stipulațiile înscrise în contractele de adeziune se interpretează împotriva celui care le-a propus”³³, respectiv regula *in dubio pro reo*, prevăzută de art. 1269 alin. (1) noul Cod Civil, potrivit cu care „dacă, după aplicarea regulilor de interpretare, contractul rămâne neclar, acesta se interpretează în favoarea celui care se obligă”). Așa cum s-a spus, utilizarea acestor două reguli de interpretare vizează, în realitate, înlăturarea efectelor abuzive pe care o astfel de clauză - lipsită de transparență contractuală - le-ar putea avea în sensul producerii unui dezechilibru grav între prestațiile reciproce ale părților, prin lipsirea ei de efecte juridice³⁴. Spre deosebire de clauzele considerate nescrise, orice clauză standard, inclusiv dintre cele considerate de lege ca fiind neuzuale, va produce efecte juridice depline dacă este acceptată³⁵. În schimb, așa cum s-a remarcat³⁶, aceeași clauză standard nu va produce efecte juridice față de partea care a aderat efectiv la contract, fără să fi acceptat expres și în mod special acele

³⁰ L. Pop I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul juridic, București, 2012, pag. 125-126.

³¹ Ibidem. Ne exprimăm rezerva față de această opinie, întrucât regimul juridic al clauzelor neuzuale este diferit față de cel al clauzelor considerate nescrise.

³² Potrivit art. 1202 (2) C. civ., „Sunt clauze standard stipulațiile stabilite în prealabil de una dintre părți pentru a fi utilizate în mod general și repetat și care sunt incluse în contract fără să fi fost negociate cu cealaltă parte”.

³³ Această regulă de interpretare este inspirată din art. 1432 din Codul civil Québec, care stipulează că: “In case of doubt, a contract is interpreted in favour of the person who contracted the obligation and against the person who stipulated it. In all cases, it is interpreted in favour of the adhering party or the consumer”.

³⁴ L. Pop I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, op. cit., pag. 171.

³⁵ Cu privire la condițiile pe care trebuie să le întrunească acceptarea unei clauze neuzuale, a se vedea: A. Almășan, *Limitarea și excluderea răspunderii contractuale*, în „Curierul judiciar” nr. 1/2014, pag. 26. În mod judicios, autoarea conchide că „(...) identificarea situațiilor în care sunt valabil incluse în contract ridică probleme serioase, din cauza lipsei criteriilor neechivoce de exprimare a acordului asupra lor.” - A. Almășan, *Discuții cu referire la clauzele neesențiale, neuzuale, standard și externe în procesul încheierii contractelor, în reglementarea Codului Civil*, (op. cit.), pag. 144.

³⁶ G. Tița – Nicolescu, op. cit., pag. 29 și urm.

clauze pe care legea le consideră neuzuale. Cu toate acestea, aceeași clauză neuzuală este susceptibilă să producă efecte depline față de o altă persoană (un alt contractant), care însă o va accepta expres și în scris, în conformitate cu dispozițiile art. 1203 NCC. Așa fiind, sancțiunea ineficienței unei clauze neuzuale va opera exclusiv în raport cu partea semnatară a contractului în care este inclusă și doar dacă acel contractant nu a acceptat-o în mod expres și în scris, pe când o clauză reputată ca nescrisă inserată într-un contract, prin înseși efectul legii nu va produce efecte față de niciun eventual semnatar al respectivului tip de contract, chiar dacă ar fi acceptată expres de persoana respectivă³⁷.

În ceea ce ne privește, așa cum am susținut și cu altă ocazie³⁸, considerăm că incidența clauzelor considerate ca nescrise într-o convenție îl îndreptățește pe cel căruia i se opun să ignore existența acestora fără a avea nevoie de concursul instanței de judecată în acest sens. Practic, o obligație care este instituită printr-o clauză considerată nescrisă nu se va putea bucura de sprijinul forței coercitive a organelor statului pentru a fi dusă la îndeplinire, ceea ce înseamnă că titularul dreptului corelativ nu are pârghii de a-l constrânge pe debitor să o execute, respectiv că debitorul unei astfel de obligații este în măsură să refuze în mod legitim, fără consecințe represive, executarea ei. În cazul în care obligațiile asumate prin clauze reputate nescrise au fost executate, prestațiile sunt supuse restituirii, urmând a fi aplicate prin analogie dispozițiile art. 1254 alin. 3 Cod civil, coroborate cu dispozițiile art. 1639 - 1647 Cod civil.

3. Concluzii

În concluzie:

- clauzele reputate ca nescrise se dovedesc a fi o sancțiune contractuală autonomă, mai flexibilă decât nulitatea, deoarece operează în mod direct³⁹, fără a reclama, în principiu,

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ A se vedea: F. Popa, *Clauzele considerate nescrise în viziunea Noului Cod civil*, în volumul „*Libertatea contractuală. Limite legale și garanții procesuale*” - coordonat de I. Sferdian și Fl. Mangu, Editura Universul Juridic, București, 2013.

³⁹ Prof. univ. dr. Paul Vasilescu, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, s-a referit, în cadrul dezbaterii *Era pe când nu s-a zărit/Azi o vedem și nu e (clauza considerată nescrisă)*, organizate de Societatea de Științe Juridice, la intervenția nulității în cazul clauzei nescrise (<https://www.juridice.ro/435244/paul-vasilescu-interventia-judecatorului-nu-poate-sa-fie-nicidecum-evitata.html>), susținând următoarele: „*Cred că ar fi foarte interesant, dar nu se poate acum face, o analiză pentru nulitatea antrenată de clauza considerată nescrisă ori reputată nescrisă și nulitatea propriu-zisă în ceea ce privește regimul interimar. Ce se întâmplă, în fond, până se constată, că ați vorbit de acțiuni în constatare, ce se întâmplă cu aceste clauze care-s reputate nescrise, dar ele chiar sunt scrise? Deci, e ceva ce există și se consideră, de fapt există, de drept ar trebui să nu existe și, după aceea, să considerăm că nu și-au produs niciodată efectele. Regimul acesta interimar al nulității care, din punct de vedere clasic, disonează o perioadă de timp scursă de la momentul încheierii actului și până la momentul în care se constată că există nulitatea, acest regim trebuie să acopere, atunci când vorbim despre clauze nescrise, și tipul acesta de nulitate, dacă acceptăm că clauzele nescrise desemnează un tip de nulitate. În acest regim, nu vreau să intru în amănunte, în această perioadă, este evident că acele clauze își vor produce efectul, cel puțin de facto, ceea ce este o chestiune tipică pentru nulitate, după cum, în această perioadă, existența acestei perioade nu face mai puțin importantă intervenția justiției. Judecătorul, cred, rămâne, în fond, atunci când discutăm despre nulitate, singura măsură cu adevărat eficientă în această materie, a nulității. Deci, ideea din subtext este că, oricum am face în materie de nulitate, intervenția judecătorului nu poate să fie nicidecum evitată. Putem să creăm paleative, dar judecătorul va interveni pentru că se va genera un conflict. Unul va considera că e scrisă, altul va considera că e nescrisă clauza și, în consecință, va fi un al treilea. Iar acest terț este întotdeauna judecătorul. Deci, dacă ne iluzionăm că o expresie – clauză nescrisă – a putut să înlăture din discuție o instituție, cea a judecătorului, eu mă îndoiesc de eficiența ei.*”

intervenția instanței de judecată⁴⁰;

- „ineficacitatea radicală”⁴¹ a clauzei reputate nescrise poate fi invocată de orice persoană interesată, precum și de instanță din oficiu;

- clauzele considerate de lege nescrise sunt înlocuite de drept cu dispoziții legale aplicabile⁴²;

- sancțiunea clauzei reputate nescrise este imprescriptibilă extinctiv;

- clauzele considerate de lege nescrise nu sunt susceptibile de confirmare⁴³;

- lipsirea de efecte a clauzelor reputate nescrise reprezintă o modalitate de moderare *ope legis* a forței obligatorii a contractului⁴⁴, și, totodată, un remediu care împiedică anantizarea legăturii contractuale.

⁴⁰ Firește, dacă în mod abuziv o clauză contractuală a fost inclusă de către o parte contractantă în categoria clauzelor considerate ca nescrise, și s-a refuzat executarea sa pe acest considerent, victima respectivului abuz de drept se va putea adresa instanței de judecată pentru a constata această situație, urmând a aplica remediile ce se impun. În acest sens, autorul M. Nicolae arată că „Nulitatea sau caracterul nescris al clauzei poate fi invocată direct de către partea împotriva căreia este invocată clauze respectivă, iar dacă există discuții ori contestații în privința caracterului ilicit al acesteia, oricare dintre părți poate sesiza instanța cu o acțiune în constatare provocatorie (art. 111 Cod procedură civilă) pentru a se constata nulitatea / validitatea sau, după caz, inexistența / existența ei judiciară” – lucr. cit., pag. 33.

⁴¹ Expresia aparține autorului M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32.

⁴² Potrivit prevederilor art. 1255 alin. 3 NCC, înlocuirea **de drept** (*s. n.*) cu dispoziții legale aplicabile este o măsură care „se aplică corespunzător” și clauzelor considerate de lege nescrise. Trebuie să recunoaștem, însă, că această exprimare a legiuitorului ne îndeamnă la o reflecție mai atentă cu privire la maniera de operare a acestui tip de sancțiune, în sensul că, dacă admitem că lipsirea de forță obligatorie a acestor clauze ar putea fi opusă *de facto* de către orice persoană interesată (de obicei, partea contractantă căreia i se solicită executarea obligației asumate printr-o astfel de clauză), *chiar în absența unui proces*, în schimb operațiunea de înlocuire a clauzei considerate nescrise cu dispozițiile legale aplicabile credem că presupune intervenția instanței de judecată, sau, cel puțin, a unei alte autorități cu atribuții jurisdicționale. Și aceasta, întrucât, deși legiuitorul stipulează că înlocuirea se realizează „de drept”, este greu de imaginat modalitatea în care părțile contractante ar ajunge la un acord cu privire la care anume dispoziții legale sunt cele „aplicabile”, în contextul în care legislația este prolixă și complexă. Cu privire la această chestiune, autoarea C. T. Ungureanu apreciază că „și părțile pot face interpretarea clauzei, atunci când cad de acord cu privire la caracterul ei de clauză considerată nescrisă”, însă conchide totuși că „(...) sancțiunea clauzelor considerate nescrise nu poate opera **de drept**. Pentru ca părțile să poată invoca lipsa de forță juridică a clauzei au nevoie să facă dovada că acea clauză este considerată nescrisă. Iar dovada se poate face numai cu hotărâre judecătorească sau cu un **act juridic** prin care s-a urmat mecanismul de la nulitatea amiabilă”. - C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pag. 58. În ceea ce ne privește, considerăm că „dovada” că o clauză este considerată de legiuitor nescrisă este asigurată, în principiu, de însuși textul legii, câtă vreme admitem că această sancțiune nu are caracter virtual, fiind incidentă doar dacă este prevăzută *expressis verbis* de către legiuitor.

⁴³ În sens contrar, autorul M. Nicolae este de opinie că „totuși, dacă prin dispoziția legală încălcată se ocrotea un interes individual, particular, deși nulitatea operează de plin drept, ea este și rămâne relativă. Prin urmare, partea interesată poate renunța la efectele nulității, executând, i.e. dând eficiență clauzei considerate ab initio nescrisă.”

⁴⁴ I. Turcu, lucr. cit., p. 317.

Motivarea sau justificarea hotărârii judecătorești. Când trebuie motivată hotărârea judecătorească?

Reasoning or justification of the court judgment. When should the court present the statement of reasons?

Lect. univ. dr. **Dana Maria DIACONU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

In order to ensure the purpose of the judicial judgment and of the right to a fair trial, in the autonomous sense of art. 6 par. 1 of the European Convention on Human Rights, new procedures and rules of good practice are required in Romanian law in order to impose that the motivation of the judgment is delivered before the judgment is pronounced. This mechanism is the only one that ensures that the judgment truly contains its considerations, which are a logically antecedent and chronologically preceding the judicial solution, and the only one that ensures that the motivation required by the legislator is not transfigured by the daily practice in a regrettable justification.

Moreover, the article promotes the idea that, in addition, the identification of the judge considerations and their formulation (which is, in fact, the drafting of the judgment) are interdependent, and this linking requires that the procedures and rules of good practice have to encourage the members of the court to succeed in translating the whole case into a community of understanding mediated by the judge-editor.

Keywords: *considerations; reasoning; justification; legal situation; court decision*

Rezumat

Pentru a fi asigurate finalitatea motivării hotărârii judecătorești și dreptul la un proces echitabil, în sensul autonom al art. 6 par. 1 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, sunt necesare în dreptul românesc proceduri și reguli de bună practică care să oblige la motivarea hotărârii judecătorești într-un timp anterior pronunțării hotărârii. Acest mecanism este singurul care asigură că hotărârea conține cu adevărat considerentele sale, care sunt logic antecedente și cronologic

* dana.diaconu@e-uvt.ro

anterioare soluției judecătorești, respectiv singurul care asigură că motivarea cerută de legiuitor nu se transfigurează în practica zilnică într-o regretabilă justificare.

Mai mult, articolul promovează ideea că, în plus, identificarea considerentelor și formularea lor (ceea ce echivalează în fapt cu redactarea hotărârii) sunt interdependente, iar această punere în relație reclamă ca procedurile și regulile de bună practică să încurajeze ca membrii completului de judecată să reușească să transpună cazul dedus judecării într-o comunitate de înțelegere mediată de judecătorul redactor.

Cuvinte-cheie: considerente, motivare, justificare, situație juridică, hotărârea judecătorească

Reglementarea motivării hotărârii judecătorești se bucură de prevederi legale consistente în toate legislațiile țărilor care au aderat la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, iar conținutul dreptului la un proces echitabil în sensul autonom atribuit de Curtea Europeană a Drepturilor Omului a impus o anumită conduită pentru judecătorii și legiuitorii statelor semnatare ale Convenției, sub aspectul motivării hotărârii. Legislația română, ca și metodologia de lucru aplicată efectiv în procesul de elaborare a hotărârii judecătorești ridică câteva probleme care țin de realitatea respectării dreptului la un proces echitabil.

1. Legislația, jurisprudența și literatura română în materia motivării hotărârii judecătorești

Codul de procedură civilă din reglementează deliberarea, pronunțarea și redactarea hotărârii judecătorești astfel: „După închiderea dezbaterilor, completul de judecată deliberază în secret asupra hotărârii ce urmează să pronunțe.” (art. 395 CPC), luarea hotărârii se ia fie cu acordul membrilor completului de judecată (art. 397 alin. 1 CPC), fie cu majoritatea membrilor completului de judecată, când unanimitatea nu poate fi realizată (art. 397 alin. 2 CPC), fie în complet de divergență, în cazul în care nici majoritatea nu poate fi realizată (art. 397 alin. 3 CPC), iar pronunțarea hotărârii se face în ședință publică, la locul unde s-au desfășurat dezbaterile (art. 402 alin. 1 CPC). Hotărârea se redactează de judecătorul care a soluționat procesul (art. 426 alin. 1 CPC), iar în cazul în care unul dintre judecători sau asistenți judiciari a rămas în minoritate la deliberare, el își va redacta opinia separată, care va cuprinde expunerea considerentelor, soluția pe care a propus-o și semnătura acestuia. De asemenea, judecătorul care este de acord cu soluția, dar pentru considerente diferite, va redacta separat opinia concurentă (art. 426 alin. 2 CPC). Hotărârea se va redacta și se va semna în cel mult 30 de zile de la pronunțare. Opinia separată a judecătorului rămas în minoritate, precum și, când este cazul, opinia concurentă se redactează și se semnează în același termen. (art. 426 alin. 5 CPC).

Cu privire la modalitatea de motivare a hotărârii, Codul de procedură civilă nu conține

dispoziții de detaliu, reglementând doar în art. 425 CPC considerentele hotărârii, ca parte a conținutului hotărârii cuprinde „obiectul cererii și susținerile pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de instanță pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților”. Prin urmare, motivarea hotărârii se regăsește, printre altele, în cadrul considerentelor, iar din economia codului se înțelege că motivarea se realizează efectiv cu ocazia redactării hotărârii, legiuitorul neprevăzând pentru motivare un moment distinct în cadrul „tehnologiei hotărârii judecătorești”.

Codul de procedură penală cuprinde reglementări similare Codului de procedură civilă cu privire la deliberarea, pronunțarea și redactarea hotărârii judecătorești penale. Nici această reglementare nu conține dispoziții de detaliu privitoare la motivarea hotărârii, reglementând doar în art. 403 CPP conținutul expunerii hotărârii penale, care cuprind motivarea soluției¹ (în sensul specific de analiză a motivelor de fapt, la care face trimitere art. 403 alin. 1 lit. c) CPP) și „arătarea temeiurilor de drept care *justifică* [n.n. – D. D.] soluțiile date în cauză” (în sensul art. 403 alin. 1 lit. d) CPP). Vedem că reglementarea de procedură penală cere expunerea motivării doar cu privire la aspectele factuale ale speței, ceea ce în aprecierea noastră, încalcă regimul protecției juridice al dreptului fundamental la un proces echitabil, în sensul autonom al art. 6 par. 1 al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale².

Metabolismul elaborării motivării hotărârii judecătorești a fost analizat și de către instanțe, dar numai din perspectiva conținutului motivării.

Înalta Curte de Casație și Justiție a făcut observația că un proces civil finalizat prin hotărârea care dezleagă fondul, cu garanțiile date de art. 6 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, include printre altele dreptul părților de a fi în mod real „ascultate”, adică în mod corect examinate de către instanța sesizată. Aceasta implică mai ales în sarcina instanței obligația de a proceda la un examen efectiv, real și consistent al mijloacelor, argumentelor și elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța în determinarea situației de fapt. Obligația de motivare impune o apreciere întotdeauna atașată de natura cauzei, de circumstanțele acesteia, stilul judiciar și tipologia actului de justiție. Motivarea unei hotărâri este înțeleasă ca un silogism logic, de natură a explica inteligibil hotărârea luată, ceea ce nu înseamnă un răspuns exhaustiv al tuturor argumentelor aduse de parte – dar nici ignorarea lor –, ci un răspuns al argumentelor fundamentale, al acelor care sunt susceptibile, prin conținutul lor, să influențeze soluția. Obligația de motivare a unei hotărâri trebuie înțeleasă ca un silogism logic, de natură a

¹ Art. 403 alin. 1 lit. c) CPP reglementează acest element de conținut al expunerii hotărârii penale astfel:

„...c) motivarea soluției cu privire la latura penală, prin analiza probelor care au servit ca teme pentru soluționarea laturii penale a cauzei și a celor care au fost înlăturate, și motivarea soluției cu privire la latura civilă a cauzei, precum și analiza oricăror **elemente de fapt** pe care se sprijină soluția dată în cauză;”

² *De lege ferenda*, această reglementare ar trebui ajustată pentru a se alinia la regimul protecției juridice al dreptului fundamental la un proces echitabil, în sensul autonom al art. 6 par. 1 al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. În lipsa unei intervenții legislative, în opinia noastră, hotărârea penală trebuie să cuprindă veritabile motivări și cu privire la temeiurile de drept apreciate drept incidente.

explica inteligibil hotărârea luată, ceea ce nu înseamnă un răspuns exhaustiv la toate argumentele aduse de parte, dar nici ignorarea lor, ci o expunere a argumentelor fundamentale, care, prin conținutul lor sunt susceptibile să influențeze soluția³.

Curtea de Apel București arată că dispozițiile art. 425 alin. (1) CPC prevăd pentru instanța de judecată obligația de a arăta în cadrul hotărârii partea/părțile care au formulat cererea, obiectul cererii, motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, motivele de fapt și de drept pentru care au fost înlăturate cererile părților, precum și celelalte mențiuni potrivit prevederilor art. 425 alin. (1) CPC, considerentele făcând corp comun cu dispozitivul hotărârii pronunțate. Motivarea unei hotărâri trebuie să fie clară și precisă, să se refere la probele administrate în cauză și să fie în concordanță cu acestea, să răspundă în fapt și în drept la toate pretențiile formulate de către părți, să conducă în mod logic și convingător la soluția din dispozitiv. Curtea reține că hotărârea instanței trebuie să cuprindă, ca o garanție a caracterului echidistant al procedurii judiciare și al respectării dreptului la apărare al părților, motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, conform art. 425 alin. (1) lit. b) CPC. Considerentele hotărârii, reprezentând explicitarea soluției din dispozitiv, sprijinul necesar al acestuia, fac corp comun cu dispozitivul și intră deopotrivă în autoritate de lucru judecat, raportat la părțile din dosar și obiectul cauzei. Din economia textului legal mai sus menționat reiese obligația instanței de a-și motiva hotărârea, hotărâre care, potrivit art. 425 CPC, va cuprinde și motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, precum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, cum s-a reținut anterior, însă față de partea care a formulat cererea introductivă și celelalte părți în cauză. Obligația instanțelor de a-și motiva hotărârile nu trebuie înțeleasă ca necesitând un răspuns la fiecare argument invocat în sprijinul unui mijloc de apărare ridicat. Întinderea acestei obligații poate varia în funcție de natura hotărârii. În conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, întinderea motivării depinde de diversitatea mijloacelor pe care o parte le poate ridica în instanță, precum și de prevederile legale, de obiceiuri, de principiile doctrinare și de practicile diferite privind prezentarea și redactarea sentințelor și hotărârilor în diferite state. Pentru a răspunde cerințelor procesului echitabil, motivarea ar trebui să evidențieze că judecătorul a examinat cu adevărat chestiunile esențiale ce i-au fost prezentate. Curtea mai reține și faptul că motivarea este un element esențial al unei hotărâri judecătorești, o puternică garanție a imparțialității judecătorului și a calității actului de justiție, precum și o premisă a exercitării corespunzătoare de către instanța superioară a atribuțiilor de control judiciar de legalitate și temeinicie. Obligativitatea motivării hotărârilor judecătorești constituie o condiție a procesului echitabil, exigență a art. 21 alin. (3) din Constituția României și art. 6 alin. (1) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale⁴.

³ Decizia nr. 1954 din 30 mai 2014 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție publicată pe site-ul oficial al ÎCCJ la <http://www.scj.ro/1093/Detailiijurisprudenta?customQuery%5b0%5d.Key=id&customQuery%5b0%5d.Value=87029>).

⁴ Curtea de Apel București, Secția a V-a civilă, Decizia nr. 429/2015, în Curtea de Apel București - Buletinul Jurisprudenței 2015, I, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 33.

Curtea de Apel Cluj analizează jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în hotărârea *Albina c. României* și dreptul la un proces echitabil, garantat de art. 6 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, arătând că acesta include, printre altele, și dreptul părților de a prezenta observațiile pe care le consideră pertinente pentru cauza lor. Întrucât Convenția nu are drept scop garantarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci drepturi concrete și efective, acest drept nu poate fi considerat efectiv decât dacă aceste observații sunt în mod real „ascultate”, adică în mod corect examinate de către instanța sesizată. Altfel spus, art. 6 implică mai ales în sarcina instanței obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și al elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța (*Perez c. Franței* și Hotărârea *Van der Hurk c. Olandei*). Totodată, astfel cum s-a arătat în Hotărârea *Boldea c. României*, art. 6 par. 1 obligă instanțele să-și motiveze hotărârile, aceasta neînsemnând însă că se cere un răspuns detaliat la fiecare argument; amploarea acestei obligații poate varia în funcție de natura hotărârii, astfel că problema de a ști dacă o instanță și-a încălcat obligația de a motiva ce decurge din art. 6 din Convenție nu se poate analiza decât în lumina circumstanțelor speței. De asemenea, noțiunea de proces echitabil cere ca o instanță internă care nu și-a motivat decât pe scurt hotărârea, indiferent dacă a făcut-o alipind motivele oferite de o instanță inferioară sau altfel, să fi examinat cu adevărat problemele esențiale ce i-au fost supuse atenției. Nu în ultimul rând, se reține în practica instanței de contencios european al drepturilor omului că obligația instanței de a răspunde prin motivare la argumentele prezentate de părți este justificată, întrucât „numai prin pronunțarea unei hotărâri motivate poate fi realizat un control public al administrării justiției” (*Hirvisaari c. Finlandei*)⁵.

Avizul nr. 11 (2008) al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni privind calitatea hotărârilor judecătorești nu conține prea multe detalii, acesta limitându-se la a arăta că o motivare și o analiză clare sunt cerințele fundamentale ale hotărârilor judecătorești și un aspect important al dreptului la un proces echitabil. Art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale dispune obligația statelor de a institui instanțe independente și imparțiale și de a promova instaurarea procedurilor eficiente. Îndeplinirea acestei obligații capătă sens când are drept rezultat împuternicirea judecătorilor de a administra în mod just și corect justiția, atât în drept cât și în fapt, în avantajul strict al cetățenilor. O hotărâre judecătorească de mare calitate este cea care conduce la un rezultat bun – câtă vreme judecătorul dispune de mijloacele necesare atingerii acestui scop – în mod echitabil, rapid, clar și definitiv⁶.

Literatura de specialitate a evocat, pe lângă aspectele subliniate în jurisprudență, importanța examinării efective a argumentelor și dovezilor părților și obligația instanței de

⁵ Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 183/2014, în Curtea de Apel Cluj - Buletinul Jurisprudenței 2014, I, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 42.

⁶ [https://www.csm1909.ro/306/3920/Avizul-nr.-11-\(2008\)-al-Consiliului-Consultativ-al-Judec%C4%83torilor-Europeni-\(CCJE\)-%C3%AEn-aten%C5%A3ia-Comitetului-de-Mini%C5%9Ftri-al-Consiliului-Europei-privind-calitatea-hot%C4%83r%C3%A2rilor-judec%C4%83tore%C5%9Fti](https://www.csm1909.ro/306/3920/Avizul-nr.-11-(2008)-al-Consiliului-Consultativ-al-Judec%C4%83torilor-Europeni-(CCJE)-%C3%AEn-aten%C5%A3ia-Comitetului-de-Mini%C5%9Ftri-al-Consiliului-Europei-privind-calitatea-hot%C4%83r%C3%A2rilor-judec%C4%83tore%C5%9Fti)

judecată de a elabora nu doar o motivare completă și clară, dar și o motivare adecvată⁷, concretă, precisă, necontradictorie și corespunzătoare tuturor aspectelor de fapt și de drept ale procesului, încât să arate temeiurile care au condus la concluzia judecătorului⁸. Considerentele trebuie să cuprindă tot procesul de elaborare al raționamentului instanței, argumentându-se cât mai clar pentru ce s-a ajuns la acceptarea sau respingerea forței probante a unora dintre probele administrate, la înlăturarea de la aplicare a unor norme sau principii de drept⁹.

2. Formularea considerentelor anterior pronunțării hotărârii judecătorești respectă conținutul dreptului la un proces echitabil

Legislația, doctrina și jurisprudența, oricât de pertinente și utile, omit însă cel mai important aspect al motivării, anume că pentru a asigura efectiv dreptul la un proces echitabil, motivarea hotărârii judecătorești trebuie instalată (prin proceduri și reguli clare de bună practică) într-un timp anterior pronunțării hotărârii. Momentul când se distilează considerentele instanței este cel ocazionat de deliberare, iar nu cel pe care îl prilejuiește redactarea hotărârii. Redactarea ridică doar problema tehnică a fixării, prin limbaj, a modului în care instanța a judecat.

„Considerentele” instanței, la care fac referire dispozițiile art. 425 alin. (1) lit. b) CPC sau „motivarea soluției” la care fac referire dispozițiile art. 403 CPP, trebuie să fie *logic* și *cronologic* anterioare hotărârii judecătorești. Acest adevăr este evident, pentru că în orice logică a acțiunii motivele sunt anterioare deciziei. Orice întemeiere ulterioară a unei decizii sau acțiuni este o simplă justificare¹⁰. Or, nu justificarea hotărârii este cerută de conținutul dreptului la un proces echitabil, în sensul autonom al Convenției. I se cere judecătorului să identifice motivele pentru care să aleagă între soluția 1 sau soluția 2, ceea ce înseamnă o adevărată cumpănire între argumentele pro și contra aferente fiecărei soluții. Este o punere a judecătorului în situația de a-și interoga cel mai intim sine uman și profesional, de identifica și a exprima un punct de vedere concret legat doar de convingerea reală pe care și-a format-o în legătura cu elementele de fapt și de drept ale speței, fără alte scopuri.

Desigur, problematica este complexă, având în vedere că deliberarea implică de foarte multe ori o instanță formată din mai mulți judecători. Deși acest aspect este avut în vedere de regulile de procedură analizate mai sus, care reglementează posibilitatea exprimării unei opinii separate sau concurente, chestiunea ridicată mai sus nu este rezolvată, opiniile separate și concurente fiind motivate conform regulilor procedură *de lege lata* în același fel cu opinia majoritară, adică ulterior pronunțării.

⁷ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, Vol.II – Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Procedura necontencioasă judiciară. Procedurile speciale*, Editura Universul juridic, București, 2013, p. 554.

⁸ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura C. H. Beck, București, 2016, p. 315-320.

⁹ O. Ungureanu, *Nulitățile procedurale civile*, Editura All Beck, București, 1998, p. 125.

¹⁰ De altfel, este foarte interesant că procedura penală cere motivarea hotărârii în fapt (art. 403 alin. (1) lit. c) CPP), dar cu privire la întemeierea în drept solicită doar „arătarea temeiurilor de drept care justifică [s. n. – D.D.] soluțiile date în cauză” (art. 403 alin. (1) lit. d) CPP).

Legiuitorul lasă de înțeles că, în actuala economie a legislației, doar termenele de redactare a hotărârilor, respectiv termenele de 30 de zile prevăzute de art. 406 CPP sau art. 426 alin. (5) CPC sau alte termene speciale, mai scurte, prevăzute de procedurile urgente sunt cele care asigură că motivele avute în vedere de judecători la deliberare vor mai putea fi identificate cu ocazia redactării hotărârii.¹¹

Or, o asemenea asigurare este cu totul insuficientă în raport cu exigențele dreptului la un proces echitabil, mai ales ca termenele reglementate pentru redactarea hotărârilor sunt termene de recomandare.

Din punctul nostru de vedere, o deliberare reală, respectiv o identificare concretă și punctuală, de către toți judecătorii completului de judecată, a tuturor motivelor de fapt și de drept nu poate fi independentă de redactarea hotărârii. Apreciem că judecătorul însărcinat cu redactarea hotărârii trebuie desemnat anterior deliberării, chiar de la învestirea instanței și antrenat în redactarea hotărârii, ulterior unei deliberări inițiale unde sunt exprimate principalele puncte de vedere ale membrilor completului. Acest judecător are un rol deosebit în dirijarea colegială a lucrărilor completului către stabilirea soluției. El trebuie să creeze cu ceilalți membri ai completului o *comunitate de înțelegere*, care poate lua decizii pe modele constructiviste, de colaborare sau de înțelegere a contextelor. Rămâne la latitudinea unor reguli de bune practici ale magistraților să stabilească cum sunt exercitate rolurile și ce model de lucru al completului de judecată este mai adecvat pentru a realiza o deliberare reală.

Este greu de presupus că în mod practic un complet de judecători va putea să delibereze într-un timp rezonabil pe baza unor motive bine identificate în lipsa unei variante scrise a hotărârii. Imperativul redactării hotărârii obligă mintea judecătorului să analizeze cauza sub toate aspectele și asigură că această analiză are loc. De aceea, opinăm că judecătorul însărcinat cu redactarea hotărârii trebuie să înțeleagă punctele de vedere ale tuturor judecătorilor (într-un prim moment al deliberării), să redacteze o primă variantă a hotărârii, să comunice această variantă fiecărui membru al completului, să discute această variantă (într-un al doilea moment al deliberării) cu toți membrii completului adunați împreună, pentru înlăturarea argumentelor slabe, nerelevante, inacceptabile, nerezonabile, neîntemeiate, neadaptate, subsidiare, inferioare, superflue, până când toți judecătorii

¹¹ Asigurarea acestor termene, care au toate natura unor termene de recomandare, e dată și de regulile Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 1375/2015 din 17 decembrie 2015 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 970 din 28 decembrie 2015. Spre exemplu, art. 131 conține următoarele prevederi:

(1) Cel mai târziu *a șasea zi după pronunțare*, [s. n. – D.D.] grefierul de ședință va preda dosarele judecătorilor, în vederea motivării hotărârilor, după ce, în prealabil, a întocmit partea introductivă a acestora.

(2) Hotărârea judecătorească are conținutul stabilit de lege. În cuprinsul hotărârii, conținutul actelor de sesizare a instanței și apărările părților sunt sintetizate. Motivarea hotărârii judecătorești trebuie să arate silogismul juridic din care rezultă aplicarea normei de drept la situația de fapt reținută.

(3) În căile de atac, hotărârea cuprinde dispozitivul hotărârii sau hotărârilor atacate, iar motivele pe care s-au întemeiat hotărârile celorlalte instanțe se vor arăta pe scurt. Conținutul motivării căilor de atac și apărările față de acestea sunt sintetizate. Motivarea hotărârii judecătorești trebuie să arate argumentele pentru care s-a pronunțat soluția în calea de atac și susținerile care au fost înlăturate.

completului își regăsesc gândirea reprezentată de exprimarea judecătorului-redactor¹² sau apreciază că trebuie să exprime opinii separate sau concurente.

Prin urmare, *de lege ferenda*, hotărârea judecătorească trebuie pronunțată după momentul redactării considerentelor sale. Acest mecanism este singurul care asigură că hotărârea conține cu adevărat motivele sale, care sunt logic antecedente și cronologic anterioare soluției propriu-zise. Justificarea este o operațiune ulterioară deciziei sau acțiunii, ea răspunde unui „de ce” care aliniază la valoarea justiției decizia deja luată, fiind deci diferită prin natura și finalitatea sa de motivarea cerută de legiuitor și de sistemele de protecție a drepturilor procedurale.

Dacă sistemele de drept ar cere de la judecători justificări, atunci arbitrariul judecătorilor nu ar fi prea îndepărtat, de vreme ce aceștia ar putea să pronunțe orice decizie, urmând ca după pronunțare să amenajeze construcții justificative pentru decizia lor. Spre deosebire de motivare care, așa cum am arătat mai sus, este o ocazie de reală cumpănire, justificarea este o acțiune cu vibrație net inferioară. Ea nu are legătură cu intima convingere a judecătorului, ci cu un obiectiv de a face respectabil actul de putere pe care acesta îl exercită.

Or, exigențele respectării dreptului la un proces echitabil impun motivarea reală și efectivă a hotărârii judecătorești, prin indicarea considerentelor care au condus la luarea deciziei. Importanța comunicării considerentelor este un subiect vast.

Cel mai vizibil aspect al acestei importanțe este comunicarea cu justițiabilul, în sens de activitate a instanței, nu în sens procedural. Prin formularea considerentelor, instanța este interesată să aducă la cunoștința părților litigante modul în care a gândit pentru a lua hotărârea ale cărei efecte se vor produce asupra lor.

Apoi, din punct de vedere strict procedural, considerentele fac posibilă cenzurarea gândirii instanței de către o eventuală instanță de control judiciar.

Dar avem nevoie de formularea considerentelor judecătorilor și pentru că judecătorul face un raționament practic care ne interesează. Juriștii leagă foarte strâns conținutul noțiunii de „ordine juridică” contemporan cu hotărârea judecătorească de modul în care vad desfășurat întreg gândul judecătorului venit dinspre înțelegerea stării de fapt și trecut prin toate elementele ordinii de drept care se vădesc ca relevante pentru soluționarea cazului.

Într-o formulare negativă, avem nevoie de o adevărată motivare a hotărârii judecătorești pentru că apreciem inacceptabil să înțelegem că decizia, deja luată, trebuie doar “adusă ulterior la linia justă” de către judecător. Orice om inteligent poate, și chiar tinde în mod natural, să justifice deciziile luate sau conduitele sale, oricât de discutabile. De obicei, acest proces angrenează cele mai joase resorturi ale inimii și ale minții omenești. A supune actul de justiție, luat cu motive aproximative, fugare și vagi (în orice caz, nesupuse unui efort de formulare, de prindere în formă concretă) unui proces de justificare, de pomădare

¹² Spre exemplu, Regulamentul pentru organizarea și funcționarea Curții Europene a Drepturilor Omului, intrat în vigoare la 1 august 2018 reglementează în art. 48 *judecătorii-raportori*, care redactează raportări, proiecte de texte și alte documente apte să ajute Curtea să își îndeplinească atribuțiile -https://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf.

cu praf de justiție, pentru a da “față curată” hotărârii judecătorești, este cu siguranță ceva ce legiuitorul codurilor de procedură nu a luat în considerare. La fel, nici statele semnatare al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Desigur, niciun cod nu poate să reglementeze intim activitatea judecătorului și fiecare magistrat poate supune cele de mai sus propriului tribunal al sincerității și probității profesionale. Nu este însă mai puțin adevărat că un cod de procedură bine făcut poate oferi prin normele sale „bune ocazii” ca motivarea hotărârii să aibă loc cu adevărat (cum ar fi, spre exemplu, pronunțarea hotărârii după redactarea motivării).

Dintr-un punct de vedere mai larg, avem nevoie de considerentele judecătorilor, și nu de justificări ulterioare pronunțării deciziei, pentru că judecătorul este pentru toți juriștii un model de gândire juridică și trebuie să i se dea ocazia să joace bine acest rol, să aibă prin modul în care își construiește și consolidează hotărârea, conduita exemplară așteptată de la el. Justificarea viciază profund și esențial acest rol, îl denaturează: judecătorul nu mai afirmă dreptul, ci impune doar o soluție respectabilă.

Din perspectiva cea mai generală, motivarea este un proces care permite cântărirea, echilibrul balanței, gândirea cu privire la mai mult și la mai puțin, mecanism intim specific judecării situațiilor. Motivele sunt cele care întemeiază decizii din ce în ce mai adaptate lor. Mersul gândirii este de la motiv 1 la decizia 1, care îi corespunde. Dar mintea poate găsi un motiv 2, care conduce la decizia 2. Motivul 1 poate fi însă suplimentat cu alte motive, iar potențarea motivării întărește decizia 1. În același timp, pot fi identificate motive care slăbesc sau înlătură oportunitatea luării deciziei 2. Prin urmare, magistratul judecă ca un adevărat înțelept, cântărește argumentele, observând, contemplând și evaluând întreaga ordine de drept și speță concretă. Această cumpănire nu trebuie ocolită și nu trebuie înlocuită cu flexiunile justificării, care este speculativă și interesată de propria frumusețe.

Daca efortul de echilibrare a balanței, de punere în cumpănă este concomitent cu cel de formulare a motivelor avem de a face cu o adevărată motivare a hotărârii. Determinarea formei și determinarea conținutului motivelor sunt *contemporane* pentru că sunt *interdependente*. Orice practician al dreptului a sesizat diferența uriașă între raționamentul prefigurat, în mod necesar provizoriu, și cel formulat. Găsirea formei permite și găsirea conținutului ei și viceversa.

Această ultimă perspectivă investeste magistratul judecător cu virtuți excepționale¹³: considerentele hotărârii judecătorești și modul lor de formulare sunt produse nu numai ale unei personalități competente să înțeleagă realitatea juridică așa cum este ea la data judecării, ci chiar ale unui om dintre cei mai desăvârșiți. Formularea considerentelor repre-

¹³ Semnalăm aici înțelegerea clasică a dreptății ca virtute la vechii greci. Aristotel definește virtutea ca o *dispoziție* a sufletului, constând într-o *măsură justă* în raport cu noi, determinată de rațiune, așa cum o determină un înțelept cumpătat, un *phronimos*: „Virtutea este, așadar, o dispoziție habituală dobândită în mod voluntar, constând în măsura justă în raport cu noi, determinată de rațiune, și anume în felul în care o determină posesorul înțelepciunii practice” (v. Aristotel, *Etica Nicomahică* (EN), Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1988, EN 1106 b 36.). La Stagirit virtutea este, înainte de toate, o dispoziție dată, o stare permanentă, un *hexis* (în latină *habitus*) și se realizează „măsurii juste” sau „linia de mijloc” (*meson*). Virtutea se realizează atunci când urmăm mijlocul just situat între extreme, „măsura justă” sau „linia de mijloc” (*meson*) - EN 1144 a 37.

zintă conduita exemplară a unui om și profesionist jurist în raport cu o situație de fapt concretă, de aceea motivarea hotărârii are o funcție educativă și de comprehensiune a realității dreptului și justiției. Acesta este, în aprecierea noastră, sensul cel mai nuanțat al *jurisdicției*. Judecătorul posedă în mod necesar ceea ce vechii greci numeau *phronesis*, cumințenia, prudența sau înțelepciunea practică¹⁴. Judecătorul deține în minte și în suflet *virtutea dreptății* care îi ghidează raționamentul practic.

Dreptatea ca virtute este o perspectivă mai puțin frecventată în prezent, însă această veche înțelegere ne oferă cele mai bune argumente pentru care putem susține că identificarea și formularea considerentelor *anterior pronunțării soluției* sunt determinante pentru o reală spunere a dreptului (*juris-dictio*) și, de aceea, ține de îndeplinirea funcției judecătorești în sine: judecătorul exersează virtutea dreptății, dar nu într-o modalitate abstractă, nu într-un mod teoretic, ci *într-o situație*¹⁵. Dreptatea nu e absolută, ci este *hic et nunc*, relativă la *situația juridică* (*Tatbestand, situation juridique*). Judecătorul investit este provocat să reacționeze, în calitate de om și profesionist dotat cu cele mai înalte virtuți, la cazul concret și să re-cunoască, printr-o anamneză specifică, între variantele de soluționare, soluția care este „justa măsură în raport cu noi”. Această cumpănire este pentru toți o conduită exemplară, este dreptatea *in actu* și este prinsă în simbolul balanței. Resursele intime ale acestei anamneze nu pot fi identificate și nu pot căpăta formă *după* pronunțarea soluției. Considerentele hotărârii judecătorești trebuie identificate și formulate anterior pronunțării, pentru că în mod necesar *stau la baza* spunerii dreptului prin actul de justiție.

3. Concluzie

Actualele proceduri civilă și penală nu prevăd mecanisme eficiente pentru a asigura o reală motivare a hotărârilor judecătorești. *De lege ferenda* sunt necesare norme de drept și bune practici care să permită identificarea și chiar formularea (redactarea) motivelor hotărârii judecătorești anterior pronunțării acesteia. De altfel, chiar independent de modificările legislative, conținutul dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale este incompatibil cu identificarea considerentelor ulterior pronunțării hotărârii.

¹⁴ *Phronesis*, cumințenia, prudența sau înțelepciunea practică nu este știință, întrucât obiectul acțiunii este susceptibil de schimbare. Nici artă (*techne*) nu poate fi întrucât aceasta privește producția și nu acțiunea. *Phronesis*, fiind practică, are în vedere cazurile individuale. Aristotel o denumește „un habitus al acțiunii, însoțit de rațiune și adevăr, având ca obiect binele uman”¹⁴ -EN 1140 b 20.

¹⁵ Conceptul este prezent și în teoriile juridice. Doctrina germană îl denumește *Tatbestand*, adică suma de fapte, acte, evenimente calificate juridic care au o semnificație comună (cf. Claude Witz, *Droit Privé Allemand*, Litec, Paris, 2003, p. 478); doctrina franceză înțelege prin „situation juridique” „un etat de choses specifique... relations de la vie considerees sous l'influence de la regle de droit” (cf. Henri Motulsky, *Principes d'une realization methodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Ed. Dalloz, Paris, 2002, p. 76) sau o situație care a intrat în zona de acțiune a legii prin voința legiuitorului (cf. Paul Rubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 45).

Reverberapiile juridice ale modernizării dreptului de autor în viziunea lui Ezra Pound*

The Juridical Reverberations of the Modernization of Copyright in Ezra Pound's Vision

Lect. univ. dr. **Nicoleta Rodica DOMINTE***
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași
Facultatea de Drept

Lect. univ. dr. **Simona Catrinel AVARVAREI***
Universitatea „Ion Ionescu de la Brad” Iași
Facultatea de Agricultură

Abstract

The American poet Ezra Pound, a metamorphosed jurist, develops and publishes in 1918 in the New Age magazine relevant legislative proposals to amend US copyright law with a view to creating a worldwide harmonious legal framework. A fierce supporter of the principle of the freedom of trade in the sphere of copyright by augmenting the dissemination of works to the public, the poet argued that literature and art are the places where people can become friends in the context of modern legislation. The peril of Ezra Pound's legislative proposals unfolds a vision of its own, though pragmatically anchored in the social realities of the day trying to incorporate in a legal armor the acculturation of some European concepts dreaming to create an esperanto normative framework of authors for the benefit of the readers.

This is our account of the legal reverberations of these legislative proposals in the context of the early 20th Century, but also in the paradigm of the beginning of the 21st Century. If Ezra Pound's poems belong to the first wave of Modernism as an artistic movement which broke in the first decade or two of the 20th Century, could his legislative proposals embody a visionary jurist whose jurisprudential ideas modernize the current European legal framework in the field of copyright by cultural rebirth? On a jocular tone, the poet said he could have had "a great jurisprudential career." True or mere creative imagination, the normative proposal on copyright legislation is a benchmark for the beginning of the 21st Century,

* Articolul a fost prezentat în cadrul Conferinței Internaționale Bienale, Secțiunea Drept Comparat și Interdisciplinaritate, 2 – 3 noiembrie 2018, ediția a XII-a, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest Timișoara.

* nicoleta_dominte@yahoo.com

* catrinel_04@yahoo.co.uk

drawing on the difficulty of developing a rule that equally regulates the protection of authors in convergence with the interest of users.

Keywords: *copyright; legal deposit; compulsory license; modernism; piracy.*

Rezumat

Poetul american Ezra Pound, metamorfozat în jurist, elaborează și publică în anul 1918 în revista *The New Age* relevante propuneri legislative de modificare a legislației dreptului de autor din Statele Unite ale Americii în vederea creării unui cadru juridic în armonie internațională. Un fervent susținător al principiului libertății comerțului în sfera dreptului de autor prin augmentarea diseminării operelor către public, poetul susținea că literatura și arta reprezintă spațiile în care oamenii pot deveni prieteni în contextul unei legislații moderne. Periplul propunerilor legislative ale lui Ezra Pound devoalează o viziune proprie, dar pragmatic ancorată în realitățile sociale ale vremii încercând să încastreze într-o armură juridică aculturarea unor concepte europene în dorința de a crea un *esperanto* cadru normativ al autorilor în beneficiul cititorilor.

În cuprinsul articolului vom analiza reverberațiile juridice ale acestor propuneri legislative în contextul începutului de secol XX, dar și în paradigma începutului de secol XXI. Dacă poeziile lui Ezra Pound aparțin curentului modernismului literar al secolului al XX-lea, ar putea propunerile legislative creiona un vizionar jurist Ezra Pound ale cărui idei jurisprudențiale să modernizeze prin renaștere culturală actualul cadru juridic european din sfera dreptului de autor? Pe un ton ironic, poetul afirma că va avea „a great jurisprudential career”. Adevăr sau doar imaginație creatoare, propunerea normativă asupra legislației din domeniul dreptului de autor reprezintă un reper pentru începutul secolului al XXI-lea conturând dificultatea elaborării unei norme care să reglementeze echitabil protecția autorilor în convergență cu interesul utilizatorilor.

Cuvinte cheie: *dreptul de autor, depozit legal, licența obligatorie, modernism, piraterie.*

1. Despre poet

La momentul la care această lucrare avea să fie susținută în fața comunității academice reunită la Conferința Bienală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, se vor fi împlinit 46 ani de la moartea poetului și criticului american Ezra Loomis Pound, născut la 30 octombrie 1885, în orașelul minier Hailey, din statul Idaho și călător printre astre din prima zi al lui brumar, 1972. Venit pe lume aproape de cer și săvârșit în albastrul lagunei venețiene, Pound este considerat a fi „mai responsabil pentru revoluția poeziei din secolul XX decât oricine altcineva.”¹ Definitorie pentru întreg parcursul vieții sale

¹ T. S. Eliot, „Introduction”, în T. S. Eliot (ed). *Literary Essays of Ezra Pound*. New York: New Directions,

pare să fie prima călătorie pe care o face în Europa, la vârsta de 13 ani, când, însoțit de mama și mătușa sa, vizitează Anglia, Belgia, Germania, Elveția și Italia², iar de atunci, revenirile sale vor face din bătrânul continent harta unui parcurs inițiativ tumultuos și fecund. Toamna lui 1907 îl găsește profesor de limbi romanice la Colegiul Presbiterian Wabash, din Crawfordsville, statul Indiana, dar în luna februarie a anului următor, cu dezamăgirea poetului căruia editurile i-au respins manuscrisul unui volum de poeme, Ezra Pound, pleacă, cu bagaje puține și multe speranțe, din nou, spre Europa. În simbolică deschidere de cerc, Veneția îi va fi nu doar reunire finală de travaliu creator, ci și topos magic de unde vor pleca spre lume poeziile sale, reunite în primul volum de autor, *A lume spento*, în iunie 1908. Dacă Italia înseamnă zorii producției lirice, Anglia va da măsura preaplinei sale genialități creatoare, confirmate, din 1912, ca una dintre vocile de rezonanță ale liricii moderniste anglo-americane. La Londra lansează școala *imagismului*³, pe care și-l dorea „*opus expansivului subiectivism romantic, largilor revărsări sentimentale, cultului indecent al sensibilității, deplasând în mod decis accentul interesului estetic de la creator la creație, la obiectul artistic.*”⁴

În avangarda artistică a timpurilor sale, Ezra Pound va face reverența în fața talentului, pe atunci, încă, puțin cunoscut al poetului Robert Frost, romancierului D.H. Lawrence, artiștilor plastici Jacob Epstein, Henri Gaudier-Brzeska, va modela, cu accente puternic ancorate în lirica momentului, scriitura celui care avea să îi devină bun prieten, William Butler Yeats, tot așa cum se va îngriji de publicarea romanelor *Portrait of the Artist as a Young Man* și *Ulysses* ale lui James Joyce, lansarea carierei scriitoricești a nu mai puțin, acum, celebrului poet și critic literar, T.S. Eliot, căruia îi acordă sprijin în editarea poemului său *The Waste Land*, jucând și un rol important în sprijinirea parcursului literar al tânărului reporter american, deopotrivă necunoscut (pe atunci) publicului european, Ernest Hemingway. Anii petrecuți la Londra îi vor aduce nu doar împlinirea artistică, aici văzând lumina tiparului volumele sale de versuri *Personae, Exultations* (1909), *The Spirit of Romance* (1910), dar îi vor modela definitiv stilul liric, maturizându-l și infuzându-l cu concretețea și claritatea cu care ajunge să creeze constructe vizuale vibrante în carnalitatea lor pleneră. Va părăsi, însă, Insulele Britanice, la sfârșitul Marelui Război și, după un popas la Paris, între 1921-1924, se reîntoarce în Italia, care îi va fi cămin pentru următorii douăzeci de ani.

Proiectul literar căruia i se va dedica cu ferveare, rămas, totuși, nefinalizat, este lungul poem *Cantos*, considerat a fi una dintre incontestabilele capodopere ale poeziei moderniste, la care Pound va reveni din 1915 până în 1962. Oscilând, în opinia criticilor, între *complex și complicat*, poemul adună din tumultul timpurilor pe care le străbate simbolic, al creatorului său care încearcă să le cuprindă și să le înțeleagă, revărsându-le în versuri al căror construct pare să urmeze tehnica joyciană a fluxului conștiinței (*the stream of*

1968, p. xi.

² A. D. Moody, *Ezra Pound: Poet: A Portrait of the Man and His Work, Volume I, The Young Genius 1885–1920*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 8-9.

³ Termenul este o creație a poetului care va apare, pentru prima dată, în nota care însoțește cinci scurte poeme de poetul, criticul și filosoful T. E. Hulme, publicate în toamna anului 1912.

⁴ M. Călinescu, *Conceptul modern de poezie: de la romantism la avangardă*, postf. de Ion Bogdan Lefter. Pitești: Paralela 45, 2005, p. 114.

consciousness), iscoditor, răscolitor, criptic, nu de puține ori. Juxtapunerea de idei, perspective istorice și culturale, folosirea a nu mai puțin de 15 limbi diferite, pendulând între vernacular, limbi clasice și ideograme chinezești fac din acest poem epic o lectură *complexă, complicată* și dificilă, la rândul său.⁵ Emoționantă, dramatică în umanitatea îngenunchiată din care se scrie cu propriul țesut conjunctiv fluid, este secvența publicată în 1948, *Cantos-urile Pisane* care a început a fi scrisă în timpul prizonieratului din Italia, în mai 1945. Blamat pentru partizanatul său pro Mussolini, de care se făceau vinovați, printre alții, și Pirandello, Malaparte, Marinetti, la câteva zile după asasinarea lui *Il Duce*, Pound este arestat și va fi ținut trei săptămâni, într-o cușcă de oțel, sub soarele arzător al unui torid început de vară, până la declanșarea unei căderi nervoase.⁶ Acuzat de trădare, Ezra Pound ajunge în Statele Unite, unde este declarat „bolnav mintal” de către o comisie medicală, decizie care îl va condamna la reclusiune în Spitalul Saint Elizabeth, din Washington, D.C.; în ciuda acestor praguri greu de trecut, va continua să lucreze la *Cantos-uri*, (*Rock-Drill*, 1955 și *Thrones*, 1959). După doisprezece ani petrecuți *departe de lumea dezlănțuită*, poetul revine în Italia, locul devenirii sale artistice dar și al ultimului zbor, din Veneția plecând să continue a scrie cele 800 de versuri din *Cantos-uri*, în rime iscusite: „*Și eu? Eu, mi-am lăsat departe toată nebunia și durerea. / Și lacrimile mi le-am strâns în frunzele de ulm / Și mi le-am părăsit sub lepede de piatră / Și-acum spun despre mine oamenii c-aș fi nebun căci eu m-am lepădat / De orice nebunie, și am aruncat-o de la mine / Și-am părăsit cărările mai vechi și sterpe ale oamenilor [...]*” (La Fraisine, traducere de Mircea Ivănescu - 1986)

2. Fundamentarea proiectului legislativ al poetului

Ezra Pound, în calitate de analist al operei lui Henry James, achiesează și creionează în eseul cu titlul „*In Explanation*”⁷, publicat în revista *The Little Review* în anul 1918, la opinia conform căreia tărâmul operelor literare și artistice este un teritoriu al păcii, al comunicării și al culturii. În concepția poetului, atemporalitatea marchează fluiditatea diseminării operelor către public, dar armătura juridică a legislației dreptului de autor poate încadra operele în paradigma unor limite geografice și istorice cu rolul de a genera conflicte transatlantice.

Într-o zi de joi, 3 octombrie 1918, în numărul 23 al revistei britanice *The New Age – A Weekly Review of Politics, Literature, and Art* a fost publicată propunerea legislativă a poetului american Ezra Pound în cuprinsul unui articol intitulat *Copyright and Tariff*. Proiectul a fost reprodus pe o singură coloană din articol, într-un limbaj clar și explicit, în dorința de a evita publicarea unor amendamente neinteligibile. „*A decent simple copyright regulation*” menționa poetul, evidențiind astfel nemulțumirea sa față de legea americană a drepturilor de autor de la începutul secolului al XX-lea, pe care o descria ironic ca fiind o invitație la piraterie literară.⁸

⁵ Ming Xie, "Pound as Translator". în Ira Nadel (ed). *The Cambridge Companion to Ezra Pound*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 217.

⁶ Richard Sieburth, *The Pisan Cantos*. New York: New Directions, 2003, p. xiv.

⁷ Pentru detalii, Robert Spoo, *Without Copyrights*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 120 – 121.

⁸ Idem, p. 121.

Chintesența motivației care a determinat această propunere legislativă a poetului poate fi conturată prin propriile sale cuvinte: *“It should be easier for a book to be copyright than for it to be not copyright. It should be easier for a man to keep the right to the work of his hands, or of his brain, than for another to steal it. The present American copyright law is understood by few people, and is of advantage neither to the public nor to the authors.”*⁹ Legea ar trebui să protejeze cartea și, a fortiori, drepturile naturale dobândite prin munca autorului. Poetul utilizează conjuncția *“sau”* atunci când se referă la rezultatele muncii fizice și intelectuale evidențiind, astfel, opinii pe care și le-a însușit: *“Labour gives a man a natural right of property in that which he produces:”*¹⁰ Primele două propoziții par să prezinte cartea și omul, ca potențiali subiecți de drepturi. Totuși, metafora poetului poate fi descifrată prin cuvintele: *„cum aş putea să încetez a mă gândi la cărți ca la niște ființe vii când eu însămi nu-mi doresc altceva, în timp, decât să devin nimic mai mult, dar nimic mai puțin decât o carte?”*¹¹ Deși substantivul *“book”* desemnează atât creația intelectuală, cât și suportul material al operei, considerăm că s-a dorit accentuarea faptului că proprietatea autorului are ca obiect creația intelectuală, fixată pe un suport material. Astfel, dacă produsele muncii fizice iau forma unor bunuri materiale, prin analogie, și produsele muncii intelectuale sunt individualizate sub forma unui bun material: *cartea*.

Din perspectiva lui Martin Heidegger ființele umane sunt entități care *„dezvăluie lumea”*¹². Universul lui Ezra Pound devoalează dorința de a crea o construcție juridică, prin arhitectura căreia este sacralizată ocrotirea proprietății asupra creației intelectuale¹³, prin îndepărtarea profanului, generator de vibrații conflictuale în panteonul literaturii. *“The present American copyright regulations tend to keep all English and Continental authors in a state of irritation with something American - they don’t quite know what, but there is a reason for irritation. There is a continuous and needless bother about the prevention of literary piracy, a need for agents, and agents’ vigilance, and the whole matter produces annoyance, and ultimately tends to fester public opinion.”*¹⁴ Poetul încearcă să primenească subiectul dezbaterilor de la începutul secolului al XX-lea, prin ilustrarea opiniilor proprii în rime juridice pentru formarea unei conștiințe corecte prin protecția conferită valorilor morale și patrimoniale.

William Wordsworth¹⁵ este poetul englez care a influențat profund opiniile juridice ale

⁹Ezra Pound, *Tariff and Copyright*, The New Age vol. XXIII, no. 22/1918, p. 349, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817

¹⁰ William Enfield, British Protestant Minister; citatul este preluat din Robert Spoo, *Without Copyrights*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 134.

¹¹ A. Blandiana, *Fratele mai mic al lecturii (fragmente despre scris și citit)*, în Dan C. Mihailescu (editor), *Cărțile care ne-au făcut oameni*, Editura Humanitas, București, 2017, p. 20.

¹² Martin Heidegger, *Ființă și timp*, Editura Humanitas, București, 2012.

¹³ Referitor la natura juridică a drepturilor din domeniul proprietății intelectuale v. A. Speriusi-Vlad, *Natura juridică a drepturilor din domeniul proprietății intelectuale*, publicat în volumul *In honorem Radu I. Motica 20 de ani de învățământ juridic la Timișoara*, editura Universul Juridic, 2012, București, pp. 498 – 512.

¹⁴ Ezra Pound, *Copyright and Tariff*, The New Age vol. XXIII, no. 23/1918, p. 363, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817

¹⁵ Poet romantic englez (7 aprilie 1770 – 23 aprilie 1850), https://en.wikipedia.org/wiki/William_Wordsworth

lui Ezra Pound. William Wordsworth¹⁶ a contribuit asiduu, timp de 5 ani, printr-o implicare majoră în dezbaterile și procedurile parlamentare din Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, la adoptarea unei noi legi a drepturilor de autor, în anul 1842. Într-o scrisoare din anul 1830, poetul scria: *“The short duration of copyright acts a premium upon mediocracy, by tempting authors to aim only at immediate effect”*¹⁷. Interesul primordial al poetului a fost acela de a fi adoptată o lege, care să confere un cadru juridic adecvat literaturii de calitate într-o epoca în care se pune accentul pe cantitate. Prin prisma propriului său exemplu, William Wordsworth a fost un susținător al reglementării unei durate perpetue de protecție juridică, pentru ca autorul și moștenitorii să poată fructifica exercițiul drepturilor recunoscute prin lege. Într-un pamflet publicat în anul 1837, editorii englezi au combătut opiniile poetului invocând interesul public în a persifla reglementarea unei protecții juridice nelimitate, care ar crea bariere pentru a opri libera circulație a operelor literare către numărul crescut de cititori. În tumultul dezbaterilor, William Wordsworth compune două sonete, în anul 1838, care reliefează problematica dreptului de autor: *“A plea for Authors”* și *“A poet to his Grandchild”*. În lumina articolelor adoptate în anul 1842, putem considera că *Romanticul* englez a fost un excelent avocat al literaților. Dacă legea britanică din 1814 prevedea o durată de 28 de ani ca protecție juridică, legea adoptată în 1842 stipula o durată de protecție juridică de 42 de ani, iar dacă autorul supraviețuia, termenul de protecție era extins pentru întreaga sa viață, plus 7 ani de la decesul autorului pentru succesori.

Pilda juridică a marelui poet William Wordsworth a fost inspiratoare pentru Ezra Pound, care și-a dorit să devină avocatul autorilor în Statele Unite ale Americii. În acest sens, poetul a continuat tradiția în care s-au înscris și predecesorii săi americani: editorul George Palmer Putman și, fiul acestuia, Haven Putman. A preluat noemele ancorate în spațiul dreptului de autor ale literaților, editorilor și filosofilor vremii și a încercat să le transforme într-un cadru juridic internațional cu efecte curative asupra relațiilor literare anglo-americane. Dorința poetului era aceea de eliminare a granițelor teritoriale și temporale, în scopul creării unei legi care să îmbine armonios interesele autorilor cu cele ale utilizatori. Din perspectiva lui Ezra Pound, scriitorul era un ambasador al culturii zugrăvită prin operele sale, dar statutul juridic al autorilor străini pe teritoriul american era împovărat prin îndeplinirea condițiilor din clauza de fabricare¹⁸. În viziunea poetului, se contura un spațiu juridico-literar internațional, din care erau radiate barierele financiare și vamale, precum și prețurile costisitoare ale cărților contemporane. Libera circulație a ideilor, a operelor și recunoașterea automată a protecției juridice, în spiritul Convenției de la Berna

¹⁶ Pentru detalii privind implicarea poetului romantic englez în adoptarea legii din 1842, Paul M. Zall, *Wordsworth and the Copyright Act of 1842*, PMLA, vol. 70, no. 1/1955, p. 132–144. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/459842.

¹⁷ Idem, p. 133.

¹⁸ Despre clauza de fabricare reglementată de legislația americană, V. Roș, *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul de autor, drepturile conexe și drepturile sui-generis*, vol. I, Editura C. H. Beck, București, 2016, p. 96–97.

privind operele literare și artistice din 1886, devin reperate proiectului său legislativ¹⁹. Cuvintele poetului ilustrează foarte frumos internaționalizarea cadrului juridic în spiritul liberei circulații a operelor literare: „*Books have an immaterial as well as a material component, and because of this immaterial component they should circulate free from needless impediment, and should not be hindered in their migrations, even for the sake of material gain.*”²⁰

Într-un eseu publicat postum în anul 1840, poetul englez P.B. Shelley scria: “*Poets are the unacknowledged legislators of the world*”²¹. Astfel, poetul expatriat, Ezra Pound, a devenit jurist aculturând valori europene moderne într-un mănunchi de amendamente, cu care își propunea să înnozeze legislația americană a dreptului de autor. Modernismul este curentul care încadrează opera poetică, dar și proiectul legislativ al lui Ezra Pound, fiind configurat din perspectiva internaționalismului. Modernismul avea ca obiectiv principal eliminarea granițelor geografice, lingvistice și culturale. Caracterul supranațional este amprentat prin dimensiunea sa națională, iar conexiunea cu o anumită locație geografică poate conferi aspecte particulare. Principalii protagoniști ai curentului au fost scriitorii și artiștii expatriați care, la finalul Primului Război Mondial, susțineau fervent internaționalismul în antinomie cu efectele negative ale naționalismului. Mai mult, promovau conceptul internaționalismului pozitiv conturat în notele promovării unei conștiințe globale, care ar putea să anuleze frontierele diseminării literaturii²². În viziunea modernistului Ezra Pound, provincialismul era calificat ca fiind o *maladie* culturală, care valorizează ignoranța și uniformitatea.²³ Vom regăsi, astfel, transpuse în paradigmă juridică trăsături caracteristice ale unui curent literar, care anvizaja o conștientă globalizare a interacțiunii dintre spațiu, literatură și lege.

Să nu uităm că acesta este momentul când Europa începe să aglutineze idei îndrăznețe privind noua configurație politică a continentului, un moment semnificativ legându-se de proiectul contelui Kalergi²⁴. Cu o genealogie și parcurs de viață policrom, fiu al unui diplomat austriac și al unei nipone, ceh prin naționalitate din 1919 și francez din 1939 până la finalul vieții, în 1972, cu studii de istorie și filosofie la Viena, Richard Coudenhove-Kalergi propune în 1923, o (re)definire a ideii europene – denumită Pan-Europa²⁵. Această unică

¹⁹ Pentru detalii despre fundalul ideatic și istoric, ce a influențat elaborarea proiectului legislativ a lui Ezra Pound, Robert Spoo, *op.cit.*, p.118 – 123, 132 – 141.

²⁰ Ezra Pound, *Tariff and Copyright*, The New Age vol. XXIII, no. 22/1918, p. 348, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817

²¹ Percy Bysshe Shelley, *A defence of Poetry and Other Essays*, <http://biblioteca.org.ar/libros/167749.pdf>

²² Pentru detalii, Andrew Tacher, *Placing Modernism*, în David Bradshaw, Laura arcus, Rebecca Roach, *Moving Modernism: Motion, Technology, and Modernity*, Oxford University Press, 2016, p. 11 – 21, <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198714170.001.0001/acprof-9780198714170-chapter-2>

²³ Ezra Pound, *Provincialism the Enemy*, The New Age vol. XXI, no. 11/1917, p. 244, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817

²⁴ Pentru detalii, R. N. Coudenhove-Kalergi, *Pan Europa. Dedicată tineretului Europei*, Editura Pro Europa, Târgu-Mureș, 1997.

²⁵ A se vedea, M. Nedelcu, *Construcția europeană. Procese și etape*, Editura Tipo Moldova, Iași, 2008, p. 20.

Europă ar avea, astfel, capacitatea și vocația ca, prin poziția sa mediană între Anglia și America, pe de o parte și Rusia și Extremul Orient, pe de altă parte, cât și prin tradiția și calitățile locuitorilor săi, să constituie încă pentru multă vreme, centrul cultural al lumii.²⁶

3. Depozitul legal și durata protecției juridice – actualitate în istorie

Primele mențiuni ale proiectului legislativ al lui Ezra Pound aveau următorul conținut: *“The copyright of any book printed anywhere should be and remain automatically the author’s. The author should in return for this protection place on file copies of his book at the National Library, Washington, and in the municipal libraries of the four largest American cities. Such placing on file of the work should dispose of any further dispute over the matter. (I need hardly point out that said libraries would under this system acquire invaluable collections free of cost to the public.) Copyright from present date should be perpetual.”*²⁷

Legea americană a dreptului de autor din anul 1909 cuprindea o dispoziție conform căreia autorii americani și străini trebuiau să depună copii ale operei lor la Oficiul american al dreptului de autor. A fortiori, singura formalitate din proiectul lui Ezra Pound constă în depunerea unei copii a operei la biblioteca națională din Washington și la bibliotecile municipale din cele *“patru mari orașe americane”*. Observăm că poetul propune crearea depozitului legal²⁸ în cadrul bibliotecilor, idee inspirată din prevederile legii britanice a dreptului de autor din anul 1911. Scopul acestei stipulații este de a prezerva accesul facil la cultură, biblioteca fiind *„un ținut vrăjit, un palat cu desfătări, un adăpost [...] împotriva furtunilor”*²⁹. Depozitul legal constituit în cadrul bibliotecilor este un instrument juridic perpetuat până în zilele noastre, ce formează obiectul prevederilor normative la nivel național³⁰. Mai mult, UNESCO a propus un nou ghid referitor la reglementarea la nivel național a depozitului legal, în care se ilustrează rolul esențial al bibliotecilor în informarea și dezvoltarea societății³¹.

Cu toate acestea, depozitul legal nu reprezintă o condiție atributivă de drepturi, ci o compensație legală din partea autorului pentru a consolida accesul societății la cultură. Poetul statuează de la prima propoziție că protecția dreptului de autor al unei opere publicate oriunde în lume *“should be and remain automatically the author’s”*. Utilizarea adverbului *“automatically”* reliefează absența formalităților de înregistrare pentru dobândirea protecției juridice. Totuși, drepturile de autor vor fi recunoscute numai asupra unei opere publicate: *“The copyright of any book printed anywhere”*. Remarcăm că acordarea

²⁶ Idem, p. 21.

²⁷ Ezra Pound, *Copyright and Tariff*, The New Age vol. XXIII, no. 23/1918, p. 363, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817

²⁸ Pentru o analiză a propunerii lui Ezra Pound, Robert Spoo, *op. cit.*, p.125.

²⁹ John Lubbock, citat în Cuvânt înainte de Liliana Moldovan din lucrarea lui Dimitrie Poptămaș, *Reflecții despre carte, bibliotecă și lectură*, Editura Nico, 2009, p. 7 – 8, <http://www.bjmures.ro/bd/P/001/04/P00104.pdf>

³⁰ În România se aplică Legea nr. 111/1995, republicată privind depozitul legal de documente, Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 755 din 7 noiembrie 2007.

³¹ <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001214/121413eo.pdf>

protecției juridice este condiționată de exercitarea unui drept patrimonial de autor, dreptul la publicarea operei. Prin această concepție normativă, poetul se încadrează în contextul sistemelor de *common law*, care nu conferau o reglementare particulară drepturilor morale. Paradigma juridică conform căreia scriitorul devine titular de drepturi patrimoniale numai prin recunoașterea și exercitarea drepturilor morale de autor este de origine franceză³².

Din lectura textului proiectului normativ reiese exprimarea concisă prin care este stipulată durata nelimitată a protecției juridice atât pentru operele autorilor americani, cât și pentru operele autorilor străini. Pentru că poetul nu distinge între drepturi morale și drepturi patrimoniale de autor, considerăm că protecția nelimitată ar avea ca obiect ambele categorii de drepturi. În realitate, poetul nu operează diferența deoarece legislația din Statele Unite ale Americii nu conferea o reglementare specială drepturilor morale³³ de autor, ceea ce a reprezentat un impediment în semnarea și ratificarea textului Convenției de la Berna privind operele literare și artistice. Reticența legiuitorului american în a reglementa expres drepturile morale de autor a devenit un arc peste timp, disipată fiind numai după semnarea Tratatului OMPI privind drepturile de autor din 1996.

Printr-o adnotare, dorim să reliefăm caracterul supranațional al dobândirii protecției dreptului de autor din propunerea lui Ezra Pound, în consonanță cu prevederile Convenției de la Berna, dar și cu mișcarea beletristică în care criticul canadian Hugh Kernner încadrează opera poetului: *“a supranational movement called International Modernism”*³⁴. Constatăm, astfel, similitudinea elocventă dintre conceptele literare și juridice ale poetului.

Calificată ca fiind neconstituțională³⁵ pe teritoriul Statelor Unite ale Americii, observăm că prevederea era în dezacord și cu dispozițiile Convenției de la Berna. Textul art. 7 din Convenția de la Berna privind operele literare și artistice revizuit prin Actul de la Berlin în anul 1908 stipula *“La duree de la protection accordee par la presente Convention comprend la vie de l'auteur et cinquante ans apres sa mort.”*³⁶ Perpetuitatea protecției juridice ar fi avut rolul de a disipa granițele temporale și barierele economice în domeniul dreptului de autor, enunțate sugestiv în anul 1819 de către Washington Irving prin reflectarea discrepanței de preț dintre operele protejate ale autorilor americani și lucrările autorilor străini, ce se regăseau în domeniul public pe teritoriul Statelor Unite ale Americii.³⁷ Washington Irving nu a fost singurul scriitor care a evidențiat distonanțe considerabile în prețul cărților³⁸, dar Ezra Pound a fost promotorul unei soluții juridice încercând să cristalizeze un *esperanto* cadru normativ al autorilor în beneficiul cititorilor.

³² A se vedea, Benedict Atkinson, Brian Fitzgerald, *A Short History of Copyright – The Genie of Information*, Editura Springer, London, 2014, p. 4.

³³ Pentru detalii despre reglementarea drepturilor morale în legislația din Statele Unite ale Americii, A. Speriusi-Vlad, *Efectele patrimoniale ale drepturilor morale din domeniul proprietății intelectuale*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr. 2/2017, p. 109-112.

³⁴ Andrew Tacher, *op. cit.*, p. 13.

³⁵ A se vedea, Robert Spoo, *op. cit.*, p. 125.

³⁶ <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12805>.

³⁷ A se vedea, Robert Spoo, *op. cit.*, p.143.

³⁸ *“The wonder is that we have any literature. A reader must pay a dollar and a half for a novel by an American, while he can buy Middlemarch and Daniel Deronda – incomparable offsprings of genius – for twenty cents.”* – citatul este preluat din Robert Spoo, *op. cit.*, p. 143.

Rolul acordării protecției dreptului de autor a fost explicat, în jurisprudența engleză din secolul al XIX-lea, de către judecătorul Pollock CB prin următoarea afirmație: "*intended for the encouragement of British talent and industry, by giving to British authors, or their assigns, a monopoly in their literary works*", iar scopul legiuitorului era "*to promote the cultivation of the intellect of its own subjects, and, as the Act of Anne expressly states 'to encourage learned men to compose and write useful books'*".³⁹ Observăm că obiectivul legiuitorului era subsumat interesului public reliefat clar și concis, prin acordarea unor drepturi patrimoniale în scopul încurajării actului de creație. Mai mult, este evidențiată utilitatea cărților pentru progresul industrial. În acest sens, un exemplu poate fi romanul "*Frankenstein, or The Modern Prometheus*" scris de autoarea Mary Shelley, despre care s-a consemnat că emană mai mult utilitate decât originalitate.⁴⁰ Oscar Wilde spunea "*Art is the only serious thing in the world.*"⁴¹, iar aserțiunile jurisprudențiale din secolul al XIX-lea accentuează relevanța esențială a operelor literare în dezvoltarea societății prin încurajarea creației intelectuale⁴².

Îmbrăcând roba juristului, Ezra Pound a fost judicios în proiectul său legislativ încercând să identifice o soluție accesibilă, în paradigma interesului public, care să disipeze granițele protecției juridice dintre trecut și prezent, în reflexia reformării dreptului de autor prin crearea unui cadru juridic internațional, care ar fi putut să înlăture asimetriile normative dintre legile în vigoare⁴³. Dacă în anul 2016, Adam Rendle, avocat britanic, susținea în legătură cu stabilirea duratei de protecție a *Jurnalului Annei Frank* "*Copyright duration can be tricky to determine because the rules can be different in different countries, it can depend on facts that are very difficult to determine and the law as applied to those facts can be complex.*"⁴⁴, apreciem că frământările poetului sunt actuale.

Din perspectivă comparatistă vom încerca să creionăm o paralelă între lumea ființelor vii și lumea scrisă, care „*de când a apărut [...] modelează viața majorității oamenilor de pe planeta Pământ.*”⁴⁵ Atât literații, cât și de juriștii⁴⁶ descriu legătura dintre autori și opera lor de creație intelectuală prin metafora filiației. Pe de o parte, opera este calificată ca fiind o "*progenitură*" a scriitorului, cum afirmă Julien Gracq, pe de altă parte, prin metempsihoză, creația intelectuală devine „*o prelungire a personalității autorului*”⁴⁷. Parcurgând etapele

³⁹ Deazley, R. (2008) 'Commentary on *Jeffreys v. Boosey* (1854)', in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

⁴⁰ Clare Pettitt, *Patent Inventions- Intellectual Property and the Victorian Novel*, Oxford University Press, 2004, p. 20.

⁴¹ Oscar Wilde, *Only Dull People are Brilliant at Breakfast*, Penguin Books, 2016, p. 20.

⁴² Pentru actualitatea aserțiunilor în literatura juridică română, A. Speriusi-Vlad, *Protejarea creațiilor intelectuale*, Editura C.H.Beck, București, 2015, p. 86.

⁴³ A se vedea, Robert Spoo, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁴ ***, *Anne Frank's diary removed from website*, 15 February 2016, <https://www.bbc.co.uk/news/technology-35560003>

⁴⁵ Martin Puchner, *Lumea scrisă – Povești care au schimbat oamenii, istoria și civilizația*, Editura Polirom, Iași, 2018, p. 9.

⁴⁶ Pentru detalii, Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, Editura Dalloz, Paris, 2009, p. 308 – 310; V. Roș, *op.cit.*, p. 298 – 299.

⁴⁷ V. Roș, *op. cit.*, p. 299.

enunțate de Ezra Pound, creația intelectuală devine nemuritoare în lumea cuvintelor scrise, odată ce a traversat purgatoriul efortului intelectual, acesta din urmă putând fi descris prin conotația contemporană a jurisprudenței Uniunii Europene: “words considered in

is it only through the choice, sequence and combination of those words that the author may express his creativity in an original manner and achieve a result which is an

intended to afford instruction, or information, or pleasure in the form of

literary work.”⁴⁸ Mai mult, o instanță din Marea Britanie a încadrat noțiunea de operă literară în cadrul unei definiții jurisprudențiale “accepting as literary work any subject matter”⁴⁹ Redescoperim caracteristica utilitară a operelor literare conturată jurisprudențial în secolul al XIX-lea, dar completată cu substantivul “pleasure” în accentuarea scopului agreabil al literaturii. Sunt evidențiate, astfel, trăsăturile caracteristice ale unei axiome, în care este înrămat rezultatul actului de creație intelectuală pentru a dobândi valoare juridică. Necesitatea derivă din faptul că „legea recunoaște drepturi asupra creației intelectuale”⁵⁰, fără a interveni în metafizica actului de creație.

Pentru a argumenta calitatea de lucrări nepieritoare, precum și utilitatea lor în domeniul juridic, dorim să facem trimitere la concluziile avocaților generali ai Curții de Justiție a Uniunii Europene, care includ în pledoarii fragmente din opere literare, precum *Neguțătorul din Veneția* de William Shakespeare⁵¹, *Casa umbrelor* de Charles Dickens⁵² și *Faust* de Johann Wolfgang von Goethe⁵³. Continuând firul dialogului, ne întrebăm dacă există un tărâm al operelor rătăcite printre umbre, în simbolistica împărăției lui Hades și a Persefonei? Apreciem că poate exista o lume a operelor uitate, a operelor necunoscute, dar sintagma de *opere decedate* pare a fi improprie. Conceptul de *opere decedate* nu ar putea fi aplicat nici în cazul operelor efemere⁵⁴, concretizate printr-o formă materială ori o formă de expresie de tip happening. Autorul are posibilitatea de a immortaliza și proba ulterior conținutul operei. Chiar în absența suportului material, opera literară are valoare juridică fiind considerată bun incorporat⁵⁵.

⁴⁸ Case C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, în Justine Pila, *The Subject Matter of Intellectual Property*, Oxford University Press, 2017, p. 149.

⁴⁹ Exxon v Exxon Insurance Corp, în Justine Pila, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁰ A. Speriusi-Vlad, *op. cit.*, p. 89.

⁵¹ Concluziile Avocatului General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer prezentate la 6 noiembrie 2008, Cauza C-326/07, Comisia Comunităților Europene împotriva Republicii Italiene, paragraful 1, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Shakespeare&docid=67893&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=762907#ctx1>.

⁵² Concluziile Avocatului General Eleanor Sharpston prezentate la 30 mai 2013, Cauza C-58/12 P, Groupe Gascogne SA împotriva Comisiei Europene, paragraful 70.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Charles%2BDickens&docid=137847&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=764437#ctx1>.

⁵³ Concluziile Avocatului General Juliane Kokott prezentate la 17 decembrie 2015, Cauza C-550/14, Envirotec Denmark ApS împotriva Skatteministeriet, paragraful 1, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=goethe&docid=173102&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=764872#ctx1>.

⁵⁴ Pentru detalii, Edmond Gabriel Olteanu, *Dreptul de autor asupra operelor de artă efemere*, Revista Română de Dreptul Proprietății Intelectuale nr. 1/2011, p. 7-10.

⁵⁵ Pentru o analiză amplă, Alin Speriusi-Vlad, *op. cit.*, p. 9-59.

În concluzie, metafora filiației și caracteristica de opere nepieritoare au influențat concepția juridică a poetului în simbioză cu efectele economice negative pentru scriitori, așa cum apar reliefate în tumultul dialogurilor din secolul al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea. Cu toate acestea, argumentul primordial a fost interesul public, susținut prin accesibilitatea cititorilor la conținutul operelor literare. În literatura juridică de la începutul secolului al XXI-lea, se susține că „*Tendința naturală a creațiilor intelectuale de a fi transmise celorlalți, contribuind la îmbogățirea patrimoniului cultural universal, este implicată chiar din activitatea creativă a autorului. Mai mult, autorii creează pentru ca rezultatul muncii lor, al efortului lor creator să ajungă la cunoștința întregii comunități [...]*”⁵⁶ Prin această prismă ar trebui privită propunerea lui Ezra Pound de acordare a unei protecții nelimitate: o osmoză între interesul autorului și interesul publicului. Accesibilitatea cititorilor la operele literare nepieritoare poate fi asigurată în condiții echitabile numai prin garantarea unor drepturi nelimitate autorilor.

În prezent, art. 6bis, alin. 2 din Convenția de la Berna din 1886 prevede că durata de protecție a drepturilor morale după decesul autorului trebuie să fie „*menținută cel puțin până la stingerea drepturilor patrimoniale.*” Per a contrario, este stipulată posibilitatea legiuitorului național din statele contractante de a prevedea o durată nelimitată a protecției juridice pentru drepturile morale de autor. *A fortiori*, protecția nelimitată din proiectul lui Ezra Pound poate fi asociată cu sfera drepturilor morale de autor, în timp ce exercițiul exclusiv al drepturilor patrimoniale era limitat prin licența obligatorie. Parcă conștient de efectele patrimoniale ale componente morale a dreptului de autor, în viziunea poetului, exercițiul exclusiv al drepturilor patrimoniale ale autorilor americani și străini era limitat prin instituirea unei licențe obligatorii, ce profila dreptul editurilor de a tipări și retipări opera, fără acordul autorului, în schimbul unei remunerații compensatorii.

4. Licențele obligatorii – perenitate sau caducitate?

Într-o incursiune pe firul istoriei, constatăm că atât legea americană, cât și legea engleză a drepturilor de autor din secolul al XIX-lea reglementau sistemul licenței obligatorii⁵⁷. Ezra Pound nu a inventat conceptul de licență obligatorie, dar și-a imaginat aplicarea lui în domeniul operelor literare ca fiind acel filon juridic, care va asigura diseminarea operelor. În construcția normativă a lui Ezra Pound trei categorii de subiecți ai dreptului de autor puteau fi afectați prin instituirea unei licențe obligatorii: autorii americani, străini și moștenitorii.

Prima licență obligatorie era stipulată pentru moștenitori, având următorul conținut: “*If the heirs neglect to keep a man’s work in print and at a price not greater than the price of his books during his life, then unauthorized publishers should be at liberty to reprint said works, paying to heirs a royalty not more than 20 per cent and not less than 10 per cent.*”⁵⁸

⁵⁶ Idem, p. 86.

⁵⁷ Pentru detalii, Robert Spoo, op.cit., p. 138-139; Charles Oppenheim, *The past, present and future of copyright law – in three lengthy volumes*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 7, nr. 10/2012, p. 769-770.

⁵⁸ Ezra Pound, *Copyright and Tariff*, The New Age vol. XXIII, no. 23/1918, p. 363.

Textul enunțat pare că s-ar încadra imuabil în ecuația metaforică creată prin cuvintele poetei Ana Blandiana: „*în viața mea verbul a citi a fost mult mai important decât verbul a trăi, atât de important, încât – folosind un foarte mic artificiu poetic – mărturisesc că n-aș putea să mă imaginez trăind fără a citi, dar nu mi-ar fi deloc greu să mă închipui citind și după moarte.*”⁵⁹ Deși unul dintre privilegiile importante ale consumatorilor, încadrat în categoria “*prima facie open-ended privileges and powers*”, este de a citi și reciti cărțile în posesia cărora se află, apreciem că titularii drepturilor de autor pot influența beneficiul acestuia prin controlul aspectelor economice ale comercializării⁶⁰. Remarcăm că Ezra Pound a dorit să garanteze accesul la lectură prin creionarea indirectă a unui privilegiu legal al publicului: dreptul de a citi.

Ideea acestei licențe obligatorii a fost inspirată de inacțiunea moștenitorilor în a tipări și retipări operele ascendenților la un preț modic.⁶¹ Din lectura textului reiese că vor fi plafonate beneficiile pe care le pot obține succesorii, indicându-se un prag maxim al prețului pe care aceștia ar fi obligați să îl respecte. Prin succesiune legală ori testamentară, moștenitorii dobândesc exercițiul drepturilor de autor în paradigma literară și economică trasată de autori. Astfel, succesorii au obligația legală de utilizare a operei prin publicare, fără a putea determina în mod autonom prețul de vânzare. În concepția lui Ezra Pound, legiuitorul trebuie să fie gardianul interesului public, care creează un spațiu juridic în care conținutul lucrărilor literare poate circula liber către cititori. Thomas Jefferson preciza într-o scrisoare „*că proprietatea intelectuală restrânge tendința firească a ideilor și a creațiilor minții de a se transmite liber de la o persoană la alta pentru educația individului*”⁶². Ori Ezra Pound a dorit să contracareze această restrângere juridică prin responsabilizarea urmașilor autorilor.

Licența obligatorie ar opera în absența exercitării obligației de utilizare a operei. Totuși, moștenitorii vor fi despăgubiți pentru pierderea drepturilor de autor, prin obligarea editurilor ce publică lucrarea de a plăti un procent între 10%-20%. Considerăm că valoarea beneficiilor va fi determinată de către editură, întrucât proiectul nu stipulează instituirea licenței obligatorii prin intermediul instanțelor de judecată. Ar fi fost necesară enumerarea unor criterii obiective, prin aplicarea cărora editurile să stabilească procentul, în scara valorică enunțată.

Cea de a doua licență obligatorie stipulată în proiectul legislativ al lui Ezra Pound prevedea: “*If having failed to have his works printed in America, or imported into America, or translated into American, an American publisher or translator apply to said author for permission to publish or translate given work or works, and receive no answer within reasonable time, say six month, and if said author do not give notice of intending other American publication (quite definitely stating where and when) within reasonable time or*

http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817.

⁵⁹ A. Blandiana, *Fratele mai mic al lecturii (fragmente despre scris și citit)*, în Dan C. Mihailescu (editor), *Cărțile care ne-au făcut oameni*, Editura Humanitas, București, 2017, p. 21.

⁶⁰ Pentru detalii, Pascale Chapdelaine, *Copyright User Rights*, Oxford University Press, 2017, p. 14-15, 22-23.

⁶¹ Robert Spoo, *op. cit.*, p. 126.

⁶² A. Speriusi-Vlad, *op. cit.*, p. 49-50 (la nota de subsol nr. 1).

designate other translator, then, the first publisher shall have the right to publish or translate any work, paying to the original author a royalty of not more than 20 per cent and not less than 10 per cent in the case of a foreign work translated. The original author shall have right at law to the minimum of these royalties."⁶³

Poetul a încercat să creeze o soluție juridică, ce ar fi putut să prevină efectele negative ale pirateriei, chiar dacă publicarea operei s-ar fi derulat fără acordul autorului. Deși literații nu ar fi pierdut exercițiul drepturilor de autor, deoarece în proiect s-a menționat "*But no unauthorized translation should inhibit the later publication of an authorized translation. Nevertheless, an authorized translation appearing later should not in any way interfere with preceding translations save by fair and open competition market.*"⁶⁴, observăm că, în cazul instituirii licenței obligatorii în favoarea editurilor, protecția juridică s-ar fi atenuat pe teritoriul Statelor Unite ale Americii. Prin această prevedere, se conturează concepția pacifistă a poetului în încercarea de a revigora prin simetrie și reciprocitate sistemul dreptului de autor în granițe transatlantice⁶⁵. Astfel, a redactat o obligație de rezultat în sarcina autorilor străini pentru a menține exercițiul drepturilor asupra operelor literare.

Ezra Pound nu este un pionier în lupta împotriva pirateriei. La 1 iulie 1891 a intrat în vigoare, pe teritoriul Statelor Unite ale Americii, legea denumită International Copyright Act sau Chace Act, în temeiul căreia autorii străini din statele menționate în textul legii beneficiau de protecția dreptului de autor⁶⁶. Prin acest act normativ a fost stipulată "*the manufacturing clause*" conform căreia "*foreign authors could obtain copyright protection only if their work was published in the United States not later than it was published in its country of origin, and foreigners' works had to be printed in the United States, or printed from type set in the United States.*"⁶⁷ Deși textul clauzei a fost modificat printr-o nouă lege adoptată în anul 1909 (U.S. Copyright Act), fenomenul pirateriei nu a fost oprit, iar nemulțumirile scriitorilor străini au continuat⁶⁸. Din perspectiva celor enunțate, sugestive sunt versurile poetului american din secolul al XIX-lea, James Russell Lowell: „*In vain we call old nations fudge,/And bend our conscience to our dealing;/The Ten Commandments will not budge,/And stealing will continue stealing.*"⁶⁹ Prin proiectul său normativ, Ezra Pound se situează mai aproape de Europa, fapt ce decurge aproape firesc din parcursul său biografic, prin identificarea unei căi juridice facile de dobândire a protecției dreptului de autor de către scriitorii străini.

Aceleași frământări juridice⁷⁰ au existat și în Regatul Unit în secolul al XIX-lea; pentru

⁶³ Ezra Pound, *Copyright and Tariff*, The New Age vol. XXIII, no. 23/1918, p. 363 - 364, http://modjourn.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817.

⁶⁴ Idem, p. 364.

⁶⁵ A se vedea, Robert Spoo, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/International_Copyright_Act_of_1891.

⁶⁷ John Feather, *Publishing, Piracy and Politics: An Historical Study of Copyright in Britain*, Mansell Publishing Limited, London, 1994, *apud*. Christopher May, *The Pre-History and Establishment of the WIPO*, The WIPO Journal nr. 1/2009, p. 18.

⁶⁸ Robert Spoo, *op. cit.*, p. 122-123.

⁶⁹ James Russell Lowell, *The Complete Poetical Works*, Houghton Mifflin Company, 1897.

⁷⁰ Pentru detalii, Deazley, R. (2008) 'Commentary on *Jeffreys v. Boosey* (1854)', in *Primary Sources on*

că legile naționale din domeniul dreptului de autor aveau prevederi diferite, s-a apreciat că autorii străini pot beneficia de protecție pe bază de reciprocitate prin încheierea unor convenții bilaterale. Anii 1838, 1844 și 1852 reprezintă perioadele în care au fost adoptate acte normative, cu denumirea de *International Copyright Act, pentru recunoașterea drepturilor autorilor străini*. Același model a fost impus de împăratul Napoleon al III-lea în anul 1852 prin emiterea unui decret în baza căruia a fost incriminată contrafacerea operelor străine pe teritoriul Franței, deschizând astfel calea tratatelor bilaterale.⁷¹ Mai mult, în noiembrie 1851 a fost semnată Convenția bilaterală anglo-franceză privind protecția drepturilor de autor⁷², ce avea să devină un prototip în acest sens.

Într-o interpretare juridico-metaforică, Ezra Pound a dorit să încastreze mitul prometeic, în rigoarea specifică textului juridic, evidențiind astfel că focul cunoașterii este argumentul suprem ce conferă fundament legal acestei licențe obligatorii, în absența diligenței autorilor. Amprenta modernismului este vizibilă prin creionarea unui enunțiativ spațiu juridic al schimburilor interculturale. Prin analogie cu natura contractuală a brevetului de invenție⁷³, apreciem că între autori și cititori ia naștere un contract consensual de la momentul creării operei, contract ce ar produce efecte juridice de la data publicării operei, în paradigma juridică a poetului. Cu toate acestea, obligația de publicare evocată poate lua naștere numai după exercitarea dreptului de divulgare - drept moral de autor, astfel încât licența obligatorie ar fi putut avea efecte juridice numai după aducerea operei la cunoștința publicului de către autor. Etapa publicării nu poate fi calificată decât ca o etapă subsecventă exercitării dreptului de divulgare. Mai mult, doctrina⁷⁴ evidențiază că o operă nepublicată nu poate fi urmărită de către creditori, ceea ce înseamnă că licența obligatorie nu s-ar fi putut aplica în absența divulgării. *Per a contrario*, obligația de publicare a autorilor străini este o obligație afectată de o condiție suspensivă, deoarece drepturile patrimoniale de autor iau naștere din momentul divulgării operei.

Legiutorul Ezra Pound a dorit să sancționeze inutilizarea operei de către autor sau titularul drepturilor de autor, în spiritul cuvintelor lui Victor Hugo rostite, în anul 1878, cu ocazia înființării Asociației Literare și Artistice Internaționale: "*Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient — le mot n'est pas trop vaste — au genre humain.*"⁷⁵ Prin analogie, remarcăm că există similitudini cu prevederile art. 43, alin. 1 și 2 din Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție⁷⁶, ce stipulează condițiile pentru acordarea unei licențe obligatorii. Poetul gândește această licență obligatorie prin prisma principiului dominoului. Dacă autorul străin nu își publică opera pe teritoriul Statelor

Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

⁷¹ Pentru detalii, Christopher May, *The Pre-History and Establishment of the WIPO*, The WIPO Journal nr. 1/2009, p. 17.

⁷² Catherine Seville, *The Internationalisation of Copyright Law*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, p. 51.

⁷³ Pentru detalii, I. Macovei, *Tratat de drept al proprietății intelectuale*, Editura C.H.Beck, București, 2010, p. 87.

⁷⁴ Pentru detalii despre dreptul de divulgare – drept moral de autor, V. Roș, *op. cit.*, p. 287-292.

⁷⁵ https://fr.wikisource.org/wiki/Discours_d%27ouverture_du_Congr%C3%A8s_litt%C3%A9raire_international.

⁷⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 613 din 19 august 2014.

Unite ale Americii într-un termen rezonabil de șase luni, o editură americană poate face o ofertă autorului în acest sens. Dacă autorul refuză oferta și nu poate demonstra acceptarea sau existența unui contract de editare asupra lucrării respective, atunci prima editură a cărei ofertă a fost refuzată are dreptul de a reproduce și distribui opera în schimbul plății unei remunerații procentuale, ce poate varia între 20% și 10%, după cum se menționează în proiectul de lege. În materia brevetelor de invenție, art. 43, alin. 3 din Legea nr. 64/1991 prevede că „*Tribunalul București va autoriza licența obligatorie*“. Ezra Pound simplifică mecanismul licenței obligatorii prin eliminarea competenței jurisdicționale, aplicând principiul simetriei. Atât dobândirea protecției juridice, cât și licența obligatorie intervine în absența unor formalități instituționale. Deși comparația este realizată cu prevederile legii române, licența obligatorie reprezintă un mecanism important în menținerea unei concurențe loiale în sfera națională și globală a brevetelor de invenție.⁷⁷

Cartograful regelui englez George al V-lea a arătat că în anul 1911, o călătorie de la Londra la New York putea să dureze doar 5 zile, iar în 10 zile puteai să ajungi din Regatul Unit la Winnipeg, în Canada, ori în Siberia, la lacul Baikal⁷⁸. Apreciem astfel că, într-adevăr, termenul de șase luni, propus de poet, este rezonabil în ecuația juridică a publicării operei în Statele Unite ale Americii.

Aspectele pozitive ale acestei propuneri în comparație cu factualitatea de la începutul secolului al XX-lea sunt conturate prin recunoașterea dreptului de a publica opera prin garantarea protecției juridice și a dreptului de a primi un procent din beneficiile editurii în cazul licenței obligatorii. Considerăm că, în viziunea poetului, licența obligatorie ar fi asigurat acel echilibru indispensabil, în cazul în care autorii străini de o manieră nejustificată ar fi negat accesul publicului american la cultura universală.

Cea de a treia variantă de licență obligatorie creionată de poetul metamorfozat în jurist avea următorul conținut: „*After a man's works have sold a certain number of copies, let us say 100,000 there should be no means of indefinitely preventing a very cheap reissue of his work. Let us say a shilling a volume. Royalty on same payable at rate of 20 per cent to author or heirs.*”⁷⁹

Deși a pledat pentru o protecție juridică nelimitată, poetul îngrădește exercitarea drepturilor patrimoniale de autor prin stabilirea unui prag cuantic ce determină instituirea unei licențe obligatorii, în sensul că orice editor de pe teritoriul Statelor Unite ale Americii ar fi putut să retipărească și să revândă opera la un preț modic, independent de voința autorului. Poetul devine un epigon al libertății comerțului în domeniul operelor literare prin susținerea înlăturării barierelor financiare (de exemplu, sub forma unui preț exorbitant). În anul 1918, prețul de “1 shilling”, stabilit prin proiect, reprezenta contravaloarea a 25 de

⁷⁷ Pentru detalii, Mari Minn, *Excessive rewards and compulsory licensing: the essential facilities doctrine and strategic patenting services in the European pharmaceutical industry*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 12, nr. 5/2017, p. 410-415; Jarrod Tudor, *Compulsory licensing in the European Union*, http://www.georgemasonjicl.org/wp-content/uploads/2013/05/TUDOR_4_J_Intl_Com_Law_222.pdf.

⁷⁸ John G. Bartholomew, *An Atlas of Economic Geography*, Oxford University Press, 1914, p. <https://ia802702.us.archive.org/9/items/atlasofeconomicg00bart/atlasofeconomicg00bart.pdf>.

⁷⁹ Ezra Pound, *Copyright and Tariff*, The New Age vol. XXIII, no. 23/1918, p. 364, http://modjourn.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817.

cenți pe teritoriul Statelor Unite ale Americii.⁸⁰ Cu toate acestea, interesele patrimoniale ale autorilor sau moștenitorilor sunt prezervate prin stipularea obligației legale a editurilor de a plăti un procent de 20% din vânzarea cărților.

În același articol, *Tariff and Copyright*, Ezra Pound scria: *“Literature should compete by quality not by cheapness. Literature is more important than the printing trade; and the dual nature, intellectual and material, of books should wrench them out of the doctrinaire inclusion in a general discussion of economics. The law of supply and demand does not cover the matter. In any case, the non-competitive books should go in free; the first 3,000 should go in free.”*⁸¹ Cuvintele ancorează prevederea din proiectul legislativ într-o viziune zugrăvită incontestabil prin prisma distopiei aspectelor economice ale literaturii. Ceea ce pentru un jurist poate fi o ingerință în exercițiul drepturilor patrimoniale de autor, pentru poet a reprezentat o translocare a principiului libertății comerțului⁸² din perspectiva egalității de șanse a editurilor de a publica și a cititorilor de a avea acces la lectură. În doctrină, se evidențiază faptul că *„Normele juridice din domeniul proprietății intelectuale urmăresc protejarea juridică a unicității creației intelectuale și a creativității, iar nu instituirea unei remunerații în favoarea anumitor persoane.”*⁸³ Construcția normativă a lui Ezra Pound se situează pe o poziție gradual disociată stipulând expres comercializarea cărților la un preț modic de la data instituirii licenței obligatorii, în dorința de a spori accesibilitatea publicului la cultură, fără a prejudicia implacabil interesele pecuniare ale autorilor.

Prin această licență obligatorie este dezavuat conceptul de autor profesionist, întruchipat de Charles Dickens. *“Writing for money was not only a necessity for Dickens; it was also a principle. Throughout his career he thought of himself as a professional writer, an identity which an older generation deplored.”*⁸⁴ În cheie juridică, scriitorul profesionist este un autentic utilizator al drepturilor patrimoniale de autor, pentru care creația literară reprezintă un bun incorporeal materializat, ce poate fi comercializat. Statisticile certifică că în anii 1855 și 1856, romanul *„Little Dorrit”* scris de Charles Dickens a fost publicat în format foileton într-un tiraj total de peste 350.000 de exemplare⁸⁵. Profilul scriitorului Charles Dickens, ce a fost perpetuat de alți autori, nu s-ar fi încadrat în ecuația hermeneutică și juridică a lui Ezra Pound, care susținea *„In my own case I wish to leave my royalties as a literary endowment.”*⁸⁶

Apreciem că această variantă de licență obligatorie este în consonanță cu următoarea aserțiune din doctrină: *„orice creație intelectuală are vocația „naturală” de a intra în*

⁸⁰ Robert Spoo, *op. cit.*, p. 128.

⁸¹ Ezra Pound, *Tariff and Copyright*, The New Age vol. XXIII, no. 22/1918, p. 349, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817.

⁸² Pentru detalii despre principiul libertății comerțului, I. Macovei, *Tratat de drept al comerțului internațional*, Editura Universul Juridic, București, 2014 p. 64-65.

⁸³ A. Speriusi-Vlad, *op. cit.*, p. 48-49.

⁸⁴ Robert L. Patten, *Charles Dickens and His Publishers*, Second edition, Oxford University Press, United Kingdom, p. 8.

⁸⁵ Pentru detalii, Idem, p. 381.

⁸⁶ Ezra Pound, *Copyright and Tariff*, The New Age vol. XXIII, no. 23/1918, p. 363, http://modjournal.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817.

domeniul public, indiferent de activitatea creativă, efortul și talentul autorului acesteia”⁸⁷. Astfel, Ezra Pound a identificat un instrument juridic, care ar conferi autorilor posibilitatea menținerii exercițiului drepturilor patrimoniale, în absența perpetuității caracterului exclusiv al exercitării acestora. Dacă în prezent operele intră în domeniul public libere de orice restricții, în arhitectura juridică a poetului licența obligatorie ar fi produs efecte distincte în lumina mențiunilor din proiect. Legiuitorul ar fi impus prețul de vânzare al cărților, precum și beneficiul pecuniar al autorilor de la data licenței obligatorii. Considerăm că menționarea pragului cuantic de 100.000 de exemplare ar fi avut rolul de a plafona resursele financiare ale scriitorilor în mod neadecvat, deoarece legiuitorul nu poate impune un prag minim sau maxim al exploatării creației intelectuale. Efectul principal este cel al limitării duratei de protecție juridică asupra operei prin introducerea conceptului “self-consuming”.⁸⁸ Per a contrario, succesul publicistic ar determina matematic încetarea protecției juridice. Deși autorii ar păstra exercițiul drepturilor, în sens metaforic licența obligatorie ar echivala cu intrarea operei în domeniul public la un preț modic. Totuși, dorim să accentuăm că, efectele juridice ale licenței obligatorii sunt diferite de intrarea operei în domeniul public prin expirarea duratei de protecție juridică.

În spiritul celor enunțate, evidențiem că ideile poetului englez William Wordsworth au reprezentat o sursă de inspirație pentru stipularea unui prag cuantic al tirajului de lucrări asupra căruia autorul poate determina prețul. Acesta afirma că stabilirea unei durate de protecție juridică a dreptului de autor nu poate fi considerată un vector eficient în aprecierea valorii literare și economice a unei opere. Fundamentul acestei noeme este ilustrat prin propriul exemplu: “Many of my Poems have been upwards of thirty years of criticism, and are disputed about as keenly as ever, and appear to be read much more.”⁸⁹ La momentul citatei afirmații, durata de protecție juridică a drepturilor patrimoniale de autor în Regatul Unit era de 28 de ani.

Perenitatea licențelor obligatorii în domeniul dreptului proprietății intelectuale este confirmată prin fundamentul juridic, care a determinat reglementarea lor: interesul public. În doctrina franceză⁹⁰, se explică raționamentul licențelor libere și al licențelor Creative Commons, prin asimilarea titularului dreptului de autor cu proprietarul unei grădini. Autorul/ titularul poate să aleagă între conservarea exclusivității exercitării drepturilor pe durata de protecție juridică și transformarea operei într-un muzeu, ce permite accesul gratuit al terților în contextul respectării unui set de reguli precise. Bineînțeles, licențele libere și licențele Creative Commons reprezintă o construcție juridică care excede cadrul ideatic propus de Ezra Pound. Totuși, spiritul opiniilor poetului pare că reverberează în concepțiile juridice moderne, care încearcă să combine armonios interesul autorilor cu cel al utilizatorilor prin consolidarea verbului *a comunica*, în absența forței coercitive a statului. “Peace comes of communication” spunea poetul, explicând că toate barierele și impedi-

⁸⁷ A. Speriusi-Vlad, *op. cit.*, p. 85-86.

⁸⁸ Pentru detalii, Robert Spoo, *op. cit.*, p. 128-129.

⁸⁹ Pentru detalii, Paul M. Zall, *op. cit.*, p. 134.

⁹⁰ Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière, *op. cit.*, p. 564.

mentele legislative ce îngădesc accesul publicului la conținutul operei nu sunt benefice⁹¹. De asemenea, utilitatea juridică a licențelor obligatorii este revelată și în privința operelor orfane (*orphan work*), în privința cărora este reglementat mecanismul licenței obligatorii în Canada, Marea Britanie, Japonia, etc.⁹²

5. Epilog

În finalul proiectului său legislativ Ezra Pound afirma "*Conservative people may regard some of these specifications as over Utopian, but no person who has given the matter any thought, and who desires freer and more cordial communication between America and the rest of the world can remain indifferent to the need of reciprocal copyright between America and her allies.*"⁹³ Deși proiectul nu a fost transpus în legislația Statelor Unite ale Americii, apreciem că nu a reprezentat o "utopie" normativă, ci o osmoză juridico-literară a valorificării gândirii unuia dintre cei mai mari poeți moderniști.

"*A poet should experience the things of the world not in the light of his own thoughts about them, but on their own terms.*"⁹⁴ Considerăm că în acest filon a încercat Ezra Pound să își schițeze amendamentele la legea americană a dreptului de autor, poziționând în prim plan creația literară.

⁹¹ Robert Spoo, *op. cit.*, p. 121.

⁹² Pentru detalii, Robert Kirk Walker, *Negotiating the Unknown: A compulsory Licensing Solution to the Orphan Works Problem*, *Cardozo Law Review*, vol. 35, nr. 3/2014, p. 1002 – 1017, https://www.copyright.gov/orphan/comments/Docket2012_12/Walker-Robert-Kirk.pdf.

⁹³ Ezra Pound, *Tariff and Copyright*, *The New Age* vol. XXIII, no. 23/1918, p. 364, http://modjourn.org/render.php?view=mjp_object&id=1158589415603817.

⁹⁴ Tom Lowenstein, Victoria James, *Haiku Inspirations*, Cahrtwell Books, Inc., New York, 2013, p. 13.

Natura juridică a contestației la executare

The legal nature of the challenge on enforcement

Drd. **Cătălin LUNGĂNAȘU***

Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The legal nature of the challenge on enforcement accompanied the debates on this legal institution, throughout its historical evolution to date. Either seen as an appeal or a special civil action or a common law right, the correct determination of the challenge on enforcement shows the theoretical and practical significance required to establish the applicable rules and compatibility with other procedural means. We however mention that, in the current regulation of the challenge on enforcement and against the structure conferred by the provisions of the Civil procedure code, the legal nature of the challenge on enforcement calls into question considerably fewer problems than in the situations governed by the former Civil procedure code.

Keywords: challenge on enforcement; legal nature; civil action; appeal.

Rezumat

Natura juridică a contestației la executare a însoțit dezbaterile cu privire la această instituție juridică pe întreaga sa evoluție istorică și până în prezent. Fie că este privită drept o cale de atac, fie o acțiune civilă specială sau una de drept comun, determinarea corectă a naturii juridice a contestației la executare prezintă însemnătate teoretică și practică pentru a stabili regulile aplicabile, cât și compatibilitatea cu alte mijloace procesuale. Menționăm totuși că, în reglementarea actuală a contestației la executare și în raport de structura conferită de dispozițiile actualului Cod de procedură civilă, natura juridică a contestației la executare aduce în discuție considerabil mai puține probleme decât în situațiile reglementate de vechiul Cod de procedură civilă.

Cuvinte-cheie: contestația la executare, natura juridică, acțiune civilă, cale de atac.

1. Considerații generale

Discuțiile cu privire la natura juridică a contestației la executare au fost apreciate în

* catalinlunganasu@yahoo.com.

literatura de specialitate¹ drept una dintre constantele acestei instituții, observându-se că, în ciuda unor modificări legislative succesive și, de regulă, ciclice ale normelor procesual civile – care parțial au afectat și contestația la executare – instituția nu a suferit transformări esențiale. Pe cale de consecință, dezbaterile doctrinare și jurisprudențiale au gravitat în jurul aceluiași aspecte, problema naturii juridice a contestației la executare intrând astfel în categoria constantelor instituției analizate, în timp ce teoriile formulate cu privire la această temă reprezintă singurele variabile efective. Ceea ce dorim să subliniem pe această cale, în acord cu autorii amintiți mai sus, nu este doar împrejurarea că lămurirea naturii juridice a contestației la executare este la fel de actuală în raport de dispozițiile Noului Cod de procedură civilă cum era și sub imperiul fostei reglementări, ci mai ales că, nefiind în prezența unor modificări esențiale în privința reglementării instituției analizate, tezele formulate anterior intrării în vigoare a noii reglementări procesual civile rămân pe mai departe valabile *mutatis mutandis* și în prezent.

De altfel, interesul actual al doctrinei rezultă din numeroasele studii² realizate pe această temă și, credem noi, toate au aceeași motivație, similară cercetărilor doctrinare anterioare. Astfel, s-a arătat³ că principala problemă care atrage necesitatea stabilirii naturii juridice a instituției analizate privește admisibilitatea unei acțiuni în constatare în raport de eventuala coexistență a unei contestații la executare. Pornind de la clasică abordare dihotomică a contestației la executare, respectiv aceasta este privită fie ca o cale de atac, cu diverse nuanțări asupra căroră vom detalia în rândurile de mai jos, fie ca o acțiune civilă propriu-zisă, autorii citați⁴ susțin că soluția cu privire la admisibilitatea acțiunii în constatare este direct influențată de calificarea dată contestației la executare. Pe cale de consecință, dacă vom considera contestația la executare ca fiind o cale de atac, în lipsa unei acțiuni în realizare va putea fi admisă o acțiune în constatare. În schimb, dacă va fi privită contestația drept o acțiune în revendicare, respectiv tocmai o acțiune în realizarea dreptului, partea care este îndreptățită a utiliza contestația la executare nu ar mai avea acces la acțiunea în constatare, aceasta fiind astfel inadmisibilă. Se arată de către

¹ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 344.

² A se vedea, spre exemplu, D. C. Tudurache, *Contestația la executare*, ed. a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2011, pp.18-30; E. Hurubă, *Contestația la executare în materie civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2011, pp. 48-56; D. A. P. Florescu, P. Coman, T. Mrejeru, M. Safta, G. Bălașa, *Executarea silită. Reglementare. Doctrină. Jurisprudență*, ed. a 2-a, Editura C. H. Beck, București, 2007, pp. 58-62; I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă – comentariu pe articole, art. 1-1133*, Editura C. H. Beck, București, 2013, pp. 988-989; E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită. Vol. I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 574-577; V. M. Ciobanu, T. C. Briciu, C. C. Dinu, *Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial*, Editura Național, București, 2013, p. 530; G. C. Frențiu, D.-L. Băldean, *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 1059; Șt. I. Lucaciuc, *Contestația la executare în reglementarea Noului Cod de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 96-118; G. Boroi (coord.), *Noul Cod de procedură civilă – Comentariu pe articole*, vol. II, (art. 456-1134), ed. a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 489-490; M. Dinu, R. Stanciu, *Executarea silită în Codul de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 288.

³ A se vedea S. Silberstein, V. M. Ciobanu, I. Băcanu, *Drept procesual civil. Executarea silită*, vol. II, Ed. a 2-a, Editura Lumina Lex, București, 1999, pp. 237-239.

⁴ Idem, p. 238.

autorii citați⁵ că, inițial, orientarea jurisprudențială a fost în sensul calificării contestației la executare drept o simplă cale de atac, admitându-se astfel coexistența acțiunii în constatare și a contestației la executare.

Ulterior însă optica jurisprudențială a suferit anumite modificări în condițiile în care, într-o speță similară⁶, instanța supremă a revenit asupra calificării naturii juridice a contestației la executare, considerând instituția procesuală analizată ca fiind o veritabilă acțiune în realizare care blochează calea unei acțiuni în constatare formulată, în acel caz, de o soție în vederea constatării că un bun sechestrat ca fiind al soțului său, debitor executat silit, era în realitate bunul său propriu. În respectivul litigiu s-a apreciat că funcția contestației la executare era aceea a unei acțiuni în revendicare deoarece bunul supus urmăririi silite nu se afla în posesia contestatoarei, iar scopul unei revendicări este tocmai acela de a permite proprietarului neposesor să se îndrepte împotriva posesorului neproprietar. În continuare, autorii citați⁷ apreciază că inclusiv în ipoteza în care contestatorul ar avea posesia bunului urmărit contestația poate face „într-un înțeles specific, funcție de acțiune în realizare, în sensul că, triumfându-se printr-o asemenea acțiune, nu mai e nevoie să se introducă separat, pentru apărarea dreptului de proprietate, o altă acțiune”, concluzionându-se că, fără a prezenta vreo relevanță dacă se urmărește simpla constatare a dreptului de proprietate sau tocmai realizarea dreptului pe cale de revendicare, contestația formulată de către terțul proprietar va avea caracterul unei acțiuni, iar nu al unei căi de atac.

Analiza de mai sus privitoare la eventuala coexistență a acțiunii în constatare și a contestației la executare, deși realizată în raport de dispozițiile vechiului C. proc. civ., este deplin valabilă și în prezent având în vedere continuitatea în timp a normei procesuale aplicabile în această ipoteză. Se observă astfel că art. 111 din vechiul C. proc. civ. prevedea că «partea care are interes poate să facă cerere pentru constatarea existenței sau neexistenței unui drept. Cererea nu poate fi primită dacă partea poate cere realizarea dreptului», regulă continuată apoi de art. 35 C. proc. civ., unde se menționează sub aspectul inadmisibilității acțiunii în constatare astfel: «cel care are interes poate să ceară constatarea existenței sau inexistenței unui drept. Cererea nu poate fi primită dacă partea poate cere realizarea dreptului pe orice altă cale prevăzută de lege».

Găsim util a menționa că discuțiile referitoare la natura juridică a contestației la executare sunt mult anterioare⁸ studiului amintit mai sus, însă acesta⁹ are meritul de a

⁵ Tribunalul Suprem, colegiul civil, decizia nr. 867/1953 *apud* S. Zilberstein, V. M. Ciobanu, I. Băcanu, *op. cit.*, p. 238.

⁶ Tribunalul Suprem, colegiul civil, decizia nr. 480/1959 în „Legalitatea Populară”, nr. 2/1960, p. 100 *apud* S. Zilberstein, V. M. Ciobanu, I. Băcanu, *op. cit.*, p. 238.

⁷ S. Zilberstein, V. M. Ciobanu, I. Băcanu, *op. cit.*, p. 238.

⁸ A se vedea A. Hilsenrad, I. Stoenescu, *Procesul civil în R. P. R.*, Editura Științifică, București, 1957, p. 497; A. Sitaru, *Unele aspecte ale contestației la executare în civil* în „Legalitatea Populară”, nr. 3/1958, p. 852; G. Porumb, *Teoria generală a executării silite și unele proceduri speciale*, Editura Științifică, București, 1964, p. 389; I. Stoenescu, G. Porumb, *Drept procesual civil român*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1966, p. 428; I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberstein, *Tratat teoretic și practic de procedură a executării silite*, Editura Academiei R. S. România, București, 1966, p. 427; Al. Lesvioldax, *Contestația la executare în materie civilă*, Editura Științifică, București, 1967, p. 16; I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Executarea silită în procesul civil*, Editura Științifică și enciclo-

aduce o explicație concretă a importanței determinării naturii juridice a contestației la executare, cu precădere în situațiile în care ar fi promovată de un terț care aduce în discuție problema dreptului de proprietate asupra bunului supus executării silită. Mai mult, s-a arătat¹⁰ că stabilirea naturii juridice a contestației la executare prezintă interes deoarece de modul în care va fi calificată această instituție procesuală va depinde soluționarea altor probleme ridicate de activitatea de executare silită. Opinia aceasta nu este însă unanimă în literatura de specialitate, fiind exprimate și puncte de vedere¹¹ potrivit cărora problema naturii juridice a contestației la executare este teoretizată excesiv, fără a avea vreo relevanță deosebită din punct de vedere practic și fără a se identifica anumite contribuții majore pentru orientarea jurisprudenței. Chiar și în aceste condiții, pentru a putea lămurii aspectul privitor la natura juridică a instituției procesuale studiate, noi apreciem utilă prezentarea succintă a principalelor teze formulate cu ocazia cercetării naturii juridice a contestației la executare, urmând a se desprinde concluziile corespunzătoare. De asemenea, în funcție de explicațiile oferite de doctrină cu privire la natura juridică a contestației la executare, anumiți autori¹² au grupat tezele formulate în două categorii, în funcție de unicitatea sau pluralitatea tipologiilor de acțiuni judiciare ce se regăsesc în natura juridică a contestației la executare. O abordare similară ne însușim și noi deoarece surprinde exact principalele deosebiri între opiniile deja exprimate.

2. Teze moniste cu privire la natura juridică a contestației la executare

Literatura de specialitate¹³ a denumit opiniile exprimate sub acest aspect ca fiind concepții moniste având în vedere că natura juridică a contestației la executare este privită într-un mod unitar, respectiv se acordă o singură calificare juridică pentru toate formele contestației, indiferent de motivele invocate sau de finalitățile urmărite prin promovarea acesteia. Totuși, trebuie să menționăm că, în rândul abordărilor moniste ale contestației, de-a lungul vremii, doctrina juridică nu a fost unanimă, fiind exprimate opinii diverse – chiar diametral opuse – cu privire la modul în care ar trebui calificată contestația la executare, după cum le vom expune în rândurile ce urmează.

a) *Contestația la executare – cale de atac*

O primă opinie¹⁴, tradițională, cu privire la natura juridică a contestației la executare este aceea potrivit căreia suntem în prezența unei căi procesuale distincte, cu caractere proprii care fac din ea un mijloc specific de înfăptuire a legalității în faza execuțională. Se

pedică, București, 1983, pp. 104-105.

⁹ S. Zilberstein, V. M. Ciobanu, I. Băcanu, *op. cit.*, p. 238.

¹⁰ D. C. Tudurache, *Contestația la executare*, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 18.

¹¹ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 346, nota de subsol 2 și Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 96.

¹² A se vedea, spre exemplu, D. C. Tudurache, *op. cit.*, ed. a 2-a, pp. 18-25; I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 346 și Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, pp. 97-105.

¹³ D. C. Tudurache, *op. cit.*, ed. a 2-a, p. 19; Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴ Al. Lesviodax, *op. cit.*, p. 16.

arată astfel că, pentru a denumi contestația la executare drept o cale de atac este necesar a se da noțiunii de „cale de atac” sensul său cel mai cuprinzător care să includă și alte caractere decât acelea pe care, în mod obișnuit, le au căile procesuale denumite prin lege căi de atac. De altfel, caracterizarea contestației la executare drept o cale de atac – uneori cu mențiunea „specială” – a avut ca premise însăși formularea cuprinsă în dispozițiile procesuale ale vechiului C. proc. civ. potrivit cărora cei interesați sau vătămați prin executare puteau promova o contestație la executare, sens în care contestația, ca noțiune, presupunea ideea de „plângere”, respectiv de „atacare”¹⁵.

De altfel, cele mai vechi opinii¹⁶ exprimate sub acest aspect sunt în sensul aprecierii contestației la executare ca fiind o cale de atac specială și specifică fazei de executare silită, cu mențiunea că nu poate fi încadrată nici în categoria căilor ordinare de atac, dar nici în categoria căilor extraordinare de atac. Tot în acest sens s-a opinat în raport de funcția contestației la executare, arătându-se¹⁷ că, pentru a nu fi prejudiciate drepturile părților sau ale altor persoane, executarea silită trebuie să fie realizată cu stricta respectare a prevederilor legale. Drept urmare, tocmai pentru a se putea asigura derularea în mod legal a procedurii execuționale, persoanelor interesate li s-a dat posibilitatea de a se plânga instanței pentru desființarea măsurilor ilegale. Autorii citați¹⁸ arată astfel că, în toate situațiile în care executarea silită se face sub controlul instanței judecătorești, acest drept de „plângere” împotriva actelor ilegale de executare se exercită prin intermediul contestației la executare. Într-o asemenea abordare, nu este deloc surprinzător că instituția analizată este privită drept o „cale specială de atac pentru verificarea legalității actelor de executare”¹⁹.

Contestația la executare a fost considerată o cale de atac și în lucrări mai recente, atât în raport de reglementarea cuprinsă în vechiul C. proc. civ.²⁰, cât și în baza actualelor dispoziții procesuale²¹. Astfel, pornind de la împrejurarea că în cazul contestației la executarea silită însăși sau la efectuarea unui act de executare întotdeauna scopul acesteia îl constituie anularea actului nelegal, s-a arătat²² că instituția analizată se înfățișează ca o cale de atac și numai ulterior, prin admiterea ei, se poate ajunge, după caz, la dobândirea proprietății bunului de către persoana care, în cadrul contestației, s-a pretins a fi proprietar al acestuia sau la împărțirea bunurilor comune. Aceleași concluzii se desprind și în raport de actualele dispoziții procesuale, sens în care se menționează în literatura de specialitate²³ că suntem în prezența unei căi de atac la care se recurge în procedura executării silite pentru înlăturarea pretinselor nelegalități săvârșite, indiferent de obiectul acestora.

¹⁵ În acest sens, a se vedea A. Hilsenrad, *Din problemele contestației la executare* în „Justiția Nouă”, nr. 1/1961, p. 94 și urm.

¹⁶ V. Cădere, *Tratat de procedură civilă*, Editura Cultura Națională, București, 1928, p. 492.

¹⁷ A. Hilsenrad, I. Stoescu, *op. cit.*, p. 496.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Idem*, p. 497.

²⁰ A se vedea I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Editura Servo-Sat, Arad, 2001, p. 309.

²¹ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 345.

²² I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. II, Editura Servo-Sat, Arad, 2004, p. 516.

²³ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 344.

Și alți autori²⁴ au apreciat că suntem în prezența unei căi de atac specifice fazei de executare silită în toate cazurile, arătându-se, pe de o parte, că paleta căilor de atac existente *de lege lata* nu poate fi limitată la cele patru căi de atac prevăzute de dispozițiile Codului de procedură civilă pentru prima fază a procesului civil, iar pe de altă parte, că instituția contestației la executare întrunește trăsăturile specifice tuturor căilor de atac, respectiv: se poate exercita numai în cadrul unei proceduri anterior declanșate; contestația este întotdeauna îndreptată împotriva unui act de executare; în toate situațiile, exercitarea contestației la executare este supusă unui termen de decădere și promovarea contestației creează premisele suspendării executării titlului executoriu, în condițiile legii.

b) Contestația la executare – acțiune civilă

În totală opoziție cu cele expuse mai sus, însă tot în cadrul tezelor moniste regăsim și opinia potrivit căreia contestația la executare este o acțiune civilă propriu-zisă, respectiv o cerere introductivă ce dă naștere unui litigiu nou. Vom include această opinie în categoria concepțiilor moniste, deși este contrară celei menționate anterior, deoarece susține tot o natură juridică unică a instituției analizate, contestația la executare fiind calificată în toate cazurile drept o acțiune civilă. S-a apreciat²⁵ astfel că instituția contestației la executare ar fi o acțiune civilă obișnuită având în vedere că îmbracă trăsăturile specifice ale unei acțiuni civile. Această opinie a fost criticată, pe bună dreptate, în literatura juridică²⁶ a vremii, arătându-se că, inclusiv în ipoteza în care contestația este promovată de un terț, ea tot nu va fi o acțiune în sensul comun al cuvântului, manifestând caractere proprii care o deosebesc de acțiunile în justiție propriu-zise. Un argument în acest sens este faptul că o contestație la executare nu pornește din inițiativa celui care le introduce și nu țintește valorificarea unui drept față de o persoană aleasă de contestator, anume pârâtul arătat în acțiune, ci reprezintă urmarea unor imperfecțiuni în activitatea de executare silită. Chiar dacă opinia redată mai sus nu are cea mai potrivită formulare, aceasta are meritul de a evidenția o trăsătură definitorie a contestației la executare. Astfel, chiar dacă, în realitate, contestația la executare manifestă același principiu al disponibilității specific procesului civil, iar promovarea contestației se face din inițiativa contestatorului, ceea ce autorul citat dorea, în realitate, să transmită era tocmai particularitatea contestației la executare, respectiv că persoana contestatorului este provocată să declanșeze contestația la executare din cauza pretinselor nelegalități ale procedurii execuționale, care *ab initio* este una preexistentă. Astfel, spre deosebire de o acțiune civilă propriu-zisă, unde reclamantul trasează cum apreciază el cadrul procesual și momentul la care să declanșeze litigiul, în cazul contestației la executare, chiar în ipoteza terțului ce revendică dreptul său de proprietate, cadrul procesual, obiectul cererii și momentul promovării acesteia sunt influențate și determinate de procedura execuțională preexistentă care, în susținerea terțului, îi afectează dreptul său de proprietate.

²⁴ Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, pp. 105-118.

²⁵ A. Sitaru, *Unele aspecte ale contestației la executare în civil în „Legalitatea Populară” nr. 3/1958*, p. 852.

²⁶ Al. Lesviodax, *op. cit.*, p. 16.

Mai mult, același autor²⁷, criticând opinia potrivit căreia contestația la executare ar reprezenta o simplă acțiune civilă, arată în mod întemeiat că locul central în cadrul judecării contestației la executare este reprezentat de verificarea legalității actului de executare, respectiv eventuala încălcare a legii cu ocazia efectuării actului de executare, iar nu răspunderea sau lipsa de răspundere a intimatului în contradictoriu cu care se judecă respectivul contestator. Raționamentul se aplică în mod similar și în situația în care contestatorul înțelege să revendice bunul supus procedurii execuționale deoarece demersul judiciar promovat de acesta nu se îndreaptă împotriva unei persoane care ar deține pe nedrept bunul revendicat, ci urmărește anularea unor acte de executare, eventual și sistarea procedurii execuționale care, dacă ar fi finalizate, ar avea drept consecință pierderea dreptului pretins de către contestator.

Noi apreciem aceste critici ca fiind pertinente, fiind limpede că particularitățile contestației la executare, ca mijloc procesual specific fazei procesuale a executării silite pentru sesizarea instanței în vederea restabilirii legalității procedurii execuționale împiedică aprecierea instituției analizate drept o acțiune civilă efectivă. Cu toate acestea, teza potrivit căreia contestația la executare este o acțiune civilă, iar nu o cale de atac, este susținută și în prezent de unii autori, în raport de dispozițiile actualului C. proc. civ. Astfel, s-a susținut²⁸ că mijlocul procedural al contestației la executare are valoarea unei acțiuni civile de tip special deoarece nu se urmărește recunoașterea unui drept propriu în contradictoriu cu o altă persoană, ci înlăturarea măsurilor nelegale și prejudiciabile intervenite în faza executării silite. Mai mult, aceiași autori citați²⁹ susțin că instituția analizată nu poate fi considerată o cale de atac având în vedere că un asemenea mijloc de control judiciar presupune remediarea unor neregularități de fond sau de procedură ale hotărârii puse în executare, în timp ce contestația la executare vizează exclusiv aspecte ce țin de neregularități procedurale apărute în cea de a doua fază a procesului civil, având în vedere că, sub nicio formă nu vor putea fi invocate neregularități privind fondul pricinii prin intermediul contestației la executare. Un alt argument adus în susținerea acestei teze este acela că, în ipoteza exercitării unei căi de atac, legitimare procesuală activă au numai părțile față de care s-a pronunțat hotărârea atacată, în timp ce, în cazul contestației la executare, orice persoană interesată poate recurge la acest mijloc procedural.

Noi nu aderăm la opinia redată mai sus din mai multe considerente. În primul rând, chiar din teza expusă, autorii citați arată că formularea unei contestații la executare nu are trăsăturile unei acțiuni civile deoarece nu se urmărește recunoașterea unui drept împotriva unei alte persoane (pârâtul), ci înlăturarea măsurilor nelegale și prejudiciabile din cadrul procedurii execuționale. Or, în opinia noastră, această premisă prezintă trăsăturile unui demers judiciar cu scopul atacării unor acte pretins nelegale, iar nu al realizării sau constatării unui drept. Pe cale de consecință, mijlocul procedural prin care se urmărește atacarea unor acte ca fiind nelegale, respectiv contestarea legalității acestora, nu pare a îmbrăca forma unei acțiuni civile, chiar și calificate drept „speciale”, ci tocmai a unei căi de

²⁷ Ibidem.

²⁸ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 577.

²⁹ Ibidem.

atac formulate împotriva actelor pretins nelegale.

Pe de altă parte, autorii citați³⁰ limitează categoria căilor de atac la cele patru prevăzute expres de Codul de procedură civilă pentru prima fază a procesului civil, omițând că, *de lege lata*, sunt prevăzute și alte căi de atac al căror caracter nu este pus la îndoială de nimeni, cum ar fi plângerea contravențională, cererea de reexaminare, plângerea împotriva încheierii registratorului-șef de carte funciară etc. Ca atare, împrejurarea că instituția contestației la executare nu se poate încadra în vreuna din cele patru căi de atac (apel, recurs, contestație în anulare și revizuire) prevăzute pentru prima fază a procesului civil nu îi afectează *per se* calificarea de cale de atac. De asemenea, aceiași autori omit ipoteza în care fondul raportului juridic poate fi pus în discuție pe cale de contestație la executare, anume atunci când titlul executoriu nu este reprezentat de o hotărâre judecătorească și împotriva acestuia nu există o cale specifică de a-l ataca, potrivit art. 713 alin. 2 C. proc. civ.³¹ Drept urmare, inclusiv opinia potrivit căreia sub nicio formă nu pot fi invocate neregularități privind fondul pricinii prin intermediul contestației la executare reprezintă o premisă eronată.

Mai mult, nefiind inclusă în categoria celor patru căi de atac specifice primei faze a procesului civil, contestația la executare nici nu trebuie să respecte exigențele acestora, având propriile reguli, adaptate specificului său, în special în raport de momentul procesual la care poate fi utilizată, anume faza executării silite. Drept urmare, împrejurarea că și o terță persoană față de părțile raportului juridic execuțional poate avea calitate procesuală activă nu reprezintă o trăsătură a contestației la executare care să îi știrbească din caracterul său de cale de atac având în vedere că, în concret, procedura execuțională poate produce efecte reale și concrete chiar și față de un terț, prin vătămarea drepturilor acestuia. Astfel, dacă în cazul unei hotărâri judecătorești, terții rămân indiferenți, nefiind afectați de modul de soluționare a litigiului între părți – efectul relativității hotărârii judecătorești – în cazul procedurii execuționale, modul concret de derulare a acesteia poate afecta într-o formă reală și concretă drepturile terților, spre exemplu în cazul în care este supus executării silite și un bun al terțului, în loc de un bun al debitorului. Ca atare, deși nu este parte în raportul juridic execuțional existent între creditor și debitor, terțul devine direct interesat a-și proteja interesele și a ataca actul de executare realizat împotriva patrimoniului său, deși nu el este cel obligat față de creditor. În atare situație, raportarea făcută de autorii citați la calitatea procesuală activă în sistemul celor patru căi de atac prevăzute pentru prima fază a procesului civil este irelevantă deoarece premisele sunt altele, momentul procesual fiind distinct, anume faza executării silite, iar efectele concrete ale procedurii execuționale, din eroare, din motive de nelegalitate sau din alte rațiuni, exced părțile raportului inițial, afectând și terțul în discuție, ipoteză care, *de plano*, nu ajunge să fie pusă în discuție în prima fază a procesului civil.

³⁰ Ibidem.

³¹ A se vedea, în acest sens, C. Lungănașu, *O altă interpretare a dispozițiilor art. 713 alin. 2 C. proc. civ.* în „Revista Română de Executare silită”, nr. 2/2017, pp. 23-46.

3. Teze mixte cu privire la natura juridică a contestației la executare

Literatura de specialitate cunoaște, atât în raport de dispozițiile vechiului Cod de procedură civilă, cât și în prezent, numeroase opinii prin care natura juridică a contestației la executare este explicată prin raportare la un complex de mecanisme juridice, toate înglobate în instituția studiată. Acesta este și motivul pentru care vom analiza tezele formulate ca fiind „mixte” având în vedere că nu este oferită o abordare unitară a contestației la executare, ci aceasta este privită ca fiind un cumul de acțiuni judiciare, diferite în raport de fiecare situație concretă. Într-adevăr, principalele explicații pe care le vom expune în rândurile de mai jos surprind natura juridică mixtă, complexă a contestației la executare, caracterizare care s-a manifestat cu aceeași intensitate și în baza fostei legi procesual civile precum în prezent, sens în care inclusiv opiniile mai îndepărtate în timp rămân de actualitate în raport de dispozițiile actualului Cod de procedură civilă.

Întreaga dezbatere cu privire la natura juridică a contestației la executare are mai multe premise, dintre care amintim problema legitimării procesual active și obiectele pe care le poate avea cererea adresată instanței de executare. Astfel, la fel ca în baza vechiului Cod de procedură civilă, și în prezent calea contestației la executare este deschisă oricărei persoane interesate sau vătămate prin executare, potrivit art. 712 alin. 1, alin. 3 și alin. 4 C. proc. civ. Drept urmare, contestația se prezintă ca un mijloc procesual mult mai permisiv sub aspectul dobândirii calității procesual active, sfera fiind mai cuprinzătoare decât strict părțile raportului juridic execuțional. Or, această împrejurare imprimă anumite trăsături contestației la executare care au generat dezbaterile cu privire la natura juridică a instituției în discuție.

Pe de altă parte, similar dispozițiilor vechiului Cod de procedură civilă, art. 712 alin. 4 C. proc. civ. prevede că, pe calea contestației la executare, partea interesată poate solicita și împărțirea bunurilor proprietate comună pe cote-părți sau în devălmășie, iar art. 713 alin. 5 C. proc. civ. dispune că, «în cazul procedurii urmăririi silite mobiliare sau imobiliare ori a predării silite a bunului imobil sau mobil, contestația la executare poate fi introdusă și de o terță persoană, însă numai dacă aceasta pretinde un drept de proprietate sau un alt drept real cu privire la bunul respectiv». Drept urmare, nu doar că se acordă legitimare procesual activă unei persoane străine de raportul juridic execuțional preexistent, dar însăși obiectul cererii pare a fi unul diferit, punându-se în discuție un drept real al terțului asupra bunului supus urmăririi silite. Or, această împrejurare a atras diferite opinii cu privire la natura juridică a contestației la executare, după cum rezultă din cele de mai jos.

a) Natura juridică a contestației la executare de cale de atac și acțiune în revendicare

În funcție de persoana care formulează contestația la executare, respectiv după cum este vorba despre părțile raportului juridic consfințit prin titlul executoriu sau, dimpotrivă, despre terțe persoane, în literatura de specialitate³² contestația la executare a fost apreciată drept o cale de atac, respectiv o acțiune în revendicare, după caz. Și alți autori³³ au susținut

³² I. Stoenescu, A. Hilsenrad, S. Zilberstein, *op. cit.*, p. 428.

³³ G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și anotat*, Editura All, București, 1994, p. 664.

această opinie, menționând că, în cazul în care părțile raportului juridic execuțional formulează contestația la executare împotriva actelor de executare, aceasta se manifestă precum o cale de atac specifică fazei de executare silită prin care se declanșează controlul instanței cu privire la respectivele acte de executare contestate. Pe de altă parte, în ipoteza în care titularul contestației este un terț ce se pretinde vătămat prin actele de executare silită, instituția analizată dobândește natura unei veritabile acțiuni în revendicare întrucât terțul solicită respectarea dreptului său de proprietate și scoaterea de sub urmărire a bunului cu privire la care reclamă că face parte din patrimoniul său, iar nu al debitorului executat silit. Nuanțat, aceeași opinie a fost reluată și într-o lucrare ulterioară³⁴, arătându-se astfel că, în situația în care bunul nu se află în posesia terțului, prin formularea contestației la executare, acesta îl revendică de la cel care a ajuns pe nedrept în posesia bunului. Astfel, terțul, în calitate de proprietar al bunului urmărit, declanșează un adevărat litigiu petitoriu cu privire la proprietatea bunului punând în discuție dreptul de proprietate, fiind ținut a face dovada în acest sens.

Această teză mixtă a fost reluată și în raport de dispozițiile actualului Cod de procedură civilă, susținându-se³⁵ natura contestației la executare ca fiind o cale de atac doar atunci când este exercitată de părțile la executare, prin intermediul acestei instituții juridice realizându-se controlul judecătoresc asupra executării silite înseși sau a actelor de executare efectuate. În schimb, dacă titularul contestației este un terț care pretinde scoaterea bunurilor sale de sub urmărirea silită, susținând că, în mod greșit, sunt executate ca fiind ale debitorului, contestația la executare nu mai are valoarea unei simple plângeri împotriva actelor de executare, vătămarea terțului prin executarea eronată a bunurilor sale în locul celor ce aparțin debitorului fiind independentă de respectarea sau nerespectarea regulilor procedurale referitoare la actele de urmărire. Practic, terțul cere a se constata că respectivul bun este al său, iar dacă nu se află în stăpânirea sa, terțul îl revendică astfel cu ocazia executării silite de la persoana care are detenția sau posesia bunului, fiind astfel în prezența unui litigiu petitoriu cu privire la proprietate în care terțul va fi ținut să facă dovada dreptului său de proprietate. Pe cale de consecință, se concluzionează că, indiferent dacă se urmărește simpla constatare a dreptului real pretins de terț cu privire la bunul supus executării silite sau, dimpotrivă, se urmărește realizarea dreptului pe cale de revendicare, contestația la executare formulată de către terțul vătămat prin executare este o veritabilă acțiune, iar nu o cale de atac.

b) Natura juridică a contestației la executare de cale de atac și acțiune în escindere

Diferența dintre teza prezentată anterior și aceasta privește ipoteza contestației la executare formulate de o terță persoană, în condițiile în care, atunci când este promovată de părțile raportului juridic execuțional, contestația este calificată tot o cale de atac împotriva actelor de executare. Totuși, atunci când este promovată de un terț care pretinde scoaterea de sub urmărire a bunurilor sale, urmărite greșit ca fiind ale debitorului, ne

³⁴ V. M. Ciobanu, G. Boro, *Drept procesual civil. Curs selectiv. Teste grilă*, ed. a 3-a, Editura All Beck, București, 2005, p. 554.

³⁵ G. Boro (coord.), *op. cit.*, vol. II, ed. a 2-a, p. 489 și urm.

aflăm în prezența unei adevărate acțiuni de scoatere de sub urmărire, o acțiune de „escindare” care nu are caracterul unei simple plângeri³⁶. Astfel, terțul cere a se constata că bunul este al său și că urmărirea silită este greșit îndreptată.

Aprecierea³⁷ contestației la executare drept o acțiune prin care se urmărește constatarea dreptului de proprietate asupra bunului supus executării silită în favoarea terțului contestator și, pe cale de consecință, de scoatere a respectivului bun de sub urmărirea silită are în vedere ipoteza în care terțul proprietar nu a pierdut posesia bunului respectiv. În atare situație, fiind prejudiciat prin executarea silită care se realizează și cu privire la un bun ce se află în proprietatea sa, iar nu a debitorului executat silit, terțul are interesul de a formula contestația la executare pentru a-și proteja dreptul real și a scoate de sub executarea silită bunul său.

c) Natura juridică a contestației la executare de cale de atac și acțiune în anulare

Calificarea contestației la executare de această manieră s-a realizat în literatura de specialitate³⁸ prin raportare la motivele invocate de contestator și al scopului urmărit de acesta. Pentru ipoteza în care contestația cuprinde o plângere împotriva unor măsuri de executare, cum ar fi cazul în care nu s-au respectat cerințe de formă prevăzute pentru actele de executare sau sunt urmărite bunuri exceptate de la executarea silită, natura juridică este aceea a unei căi de atac. În schimb, potrivit autorilor citați, atunci când contestația la executare tinde la anularea titlului executoriu, punându-se în discuție chiar apărări de fond în cazul în care legea permite sau atunci când un terț solicită scoaterea de sub urmărire a bunurilor pretinzând că sunt în proprietatea sa, această instituție va avea trăsăturile unei acțiuni.

d) Natura juridică a contestației la executare de cale de atac specială, acțiune în constatare, acțiune în revendicare și acțiune în anulare

Această teză mixtă înglobează opiniile redate mai sus, considerându-se că, în raport de formele diferite sub care se poate prezenta, contestația la executare nu poate primi o calificare unică³⁹. Astfel, determinarea naturii juridice a contestației la executare trebuie să aibă în vedere subiectele care o promovează, obiectul acesteia, precum și efectele pe care le produce în cazul admiterii cererii, respectiv finalitatea⁴⁰, ajungându-se în această manieră la o pluralitate de calificări ale contestației la executare.

Autorul citat⁴¹ critică opinia⁴² potrivit căreia contestația ar fi numai un mijloc prin care se înlătură piedicile sau dificultățile ivite în faza finală a executării silită pentru realizarea

³⁶ V. M. Ciobanu, G. Boroș, *op. cit.*, p. 554.

³⁷ În acest sens, a se vedea G. Boroș, (coord.), *op. cit.*, vol. II, ed. a 2-a, p. 490; I. Leș, *op. cit.*, p. 989.

³⁸ A se vedea D. Rizeanu, *Contestația la executare în materie civilă în lumina practicii judiciare în „Legalitatea Populară”*, nr. 3/1960, p. 9 și Gr. Porumb, *Teoria generală... ed. cit.*, p. 389 și urm.

³⁹ D. C. Tudurache, *op. cit.*, ed. a 2-a, p. 26.

⁴⁰ V. Pătulea, *Determinarea naturii juridice a contestației la executare în procesul civil și implicațiile rezultând din această operație pe plan procesual și procedural în „Dreptul”*, nr. 6/2004, pp. 119-129.

⁴¹ D. C. Tudurache, *op. cit.*, ed. a 2-a, p. 26.

⁴² Al. Lesviodax, *op. cit.*, p. 12.

dreptului recunoscut, susținând că este mai ales mijlocul prin care se pune capăt unei proceduri execuționale, se desființează actele de executare îndeplinite și chiar se împiedică începerea unei alte executări în baza unui anumit titlu executoriu. Pe cale de consecință, pornind de la toate criteriile specifice contestației la executare amintite mai sus, se apreciază⁴³ că vom fi în prezența unei căi de atac speciale atunci când contestația este formulată de către părțile procesului execuțional și privește fie înțelesul, întinderea sau aplicarea titlului executoriu, fie executarea silită însăși, caz în care va fi îndreptată nu împotriva unei hotărâri, ci împotriva actelor de executare.

În ipoteza în care contestația la executare este formulată de către un terț față de executarea silită *pendinte*, se apreciază⁴⁴ că, mai exact, pretenția acestuia de desființare a actelor de executare se întemeiază pe soluționarea cererii sale de valorificare a unui drept propriu, iar nu invers, în sensul că solicitarea terțului ar viza desființarea actului de executare și, corespunzător, rezolvarea pretenției proprii a terțului contestator. Drept urmare, o asemenea contestație la executare este privită drept o acțiune civilă supusă unei reglementări speciale. Totuși, având în vedere că pretenția terțului contestator nu este mereu aceeași, autorul citat consideră că nici acțiunea ce se interferează cu contestația nu este aceeași, fiind diferită de la caz la caz, motiv pentru care sunt criticate tendințele de a se recunoaște contestației la executare o calificare unică, fie de acțiune în revendicare, fie de acțiune în constatare etc. Pe cale de consecință, autorul citat⁴⁵ distinge mai multe ipoteze, în funcție de situația juridică a terțului și de motivele pe care acesta le aduce cu ocazia formulării contestației la executare, instituția analizată primind astfel calificări distincte.

Într-o primă ipoteză, când terțul se află în posesia bunului supus procedurii de executare silită, susținând că bunul, în realitate, este în proprietatea sa, contestația la executare astfel formulată ar avea natura juridică a unei acțiuni în constatare. Astfel, devoluțiunea nu se realizează exclusiv asupra chestiunilor de executare, adică a soluționării problemei dacă au fost respectate normele referitoare la procedura execuțională, ci și asupra aspectului privitor la dreptul de proprietate invocat de către terțul contestator.

O altă situație analizată de autorul citat⁴⁶ este aceea când actul de executare a fost realizat, creditorul fiind împosadat, astfel că terțul contestator – care pretinde dreptul de proprietate asupra bunului executat silit – urmărește redobândirea posesiei bunului proprietatea sa. Or, în atare situație, contestația astfel formulată prezintă, în opinia redată, natura juridică a unei acțiuni în revendicare.

Nu în ultimul rând se arată⁴⁷ că, tot pe calea contestației la executare, pot fi invocate motive de nulitate a titlului executoriu, cu precădere în cazurile în care legea permite formularea unor astfel de critici (cazul titlului executoriu, altul decât o hotărâre judecătorească, pentru care legea nu prevede o cale specifică pentru desființarea lui), situație în care am fi în prezența unei acțiuni în anulare pe care instanța de executare este ținută a o

⁴³ D. C. Tudurache, *op. cit.*, ed. a 2-a, p. 26.

⁴⁴ *Idem*, p. 27.

⁴⁵ D. C. Tudurache, *op. cit.*, ed. a 2-a, p. 27.

⁴⁶ *Idem*, p. 26.

⁴⁷ *Idem*, p. 28 și urm.

soluționa.

Tot în legătură cu natura juridică a contestației la executare s-au formulat opinii diferite în literatura de specialitate și în cazul în care titularul cererii este procurorul. Astfel, într-o opinie⁴⁸ s-a apreciat că o asemenea contestație va primi o calificare sau alta, sub aspectul naturii sale juridice, după cum vizează neregularități privind executarea silită – caz în care se deduce caracterul său de cale de atac – sau, dimpotrivă, privește scoaterea de sub urmărire a unui bun ce nu aparține debitorului, ci terțului în favoarea căruia a fost formulată contestația, ipoteză în care ar avea natura juridică a unei cereri în revendicare. Într-o altă opinie⁴⁹, pe care o apreciem corectă, s-a arătat că procurorul formulează contestația la executare și intervine astfel în procedura execuțională în mod obiectiv, iar nu subiectiv (personal), astfel că demersul său procesual urmărește asigurarea legalității procedurii execuționale, sens în care acțiunea procurorului vizează strict restabilirea legalității fazei de executare silită, motiv pentru care această cererea nu poate primi o calificare distinctă decât aceea a unei contestații la executare, noi subliniind astfel natura juridică a unei căi de atac chiar și în această ipoteză.

4. Concluzii cu privire la natura juridică a contestației la executare

Alături de alți autori⁵⁰, considerăm și noi că natura juridică a contestației la executare este aceea de cale de atac, în toate cazurile. Mai mult, apreciem corectă observația autorilor citați potrivit căreia atașarea adjectivului „specifică” la sintagma „cale de atac” reprezintă o prețiozitate lingvistică, respectiv un concept refugiu care spune totul și în același timp nimic. Evident că o contestație la executare se prezintă mereu ca un instrument juridic specific tocmai pentru că are anumite particularități prin care se deosebește de orice altă instituție juridică. Dar în egală măsură, fiecare altă instituție juridică prezintă, la rândul său, particularități care îi atrag un caracter specific în raport de toate celelalte instituții de care se diferențiază astfel. Drept urmare, contestația la executare este o cale de atac specifică tot așa cum o cerere reconvențională este specifică față de o întâmpinare sau o cerere introductivă. În atare situație, conceptul într-adevăr pare un simplu refugiu întrucât, în ciuda aparenței de a contura un caracter aparte instituției analizate, în realitate, cum arată autorii citați, nu aduce nicio lămurire asupra problemei, lăsând numai aparența unei explicații ce este lipsită de orice conținut.

Tot cu titlu prealabil în vederea unor delimitări conceptuale amintim opinia exprimată în literatura de specialitate⁵¹ potrivit căreia contestația la executare are natura juridică a unei căi de atac specifice fazei de executare silită în toate cazurile. Deși opinia este corectă în esență, căci autorul citat aduce o serie de argumente pe care ni le însușim din care rezultă că, în toate cazurile, contestația la executare se prezintă drept o veritabilă cale de atac, totuși construcția folosită, anume „cale de atac specifică fazei de executare silită” o

⁴⁸ V. M. Ciobanu, G. Boroj, *op. cit.*, p. 547.

⁴⁹ V. Pătulea, *op. cit.*, p. 119 și urm.

⁵⁰ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 346.

⁵¹ Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 105.

apreciem ca fiind un pleonasm. Astfel, a califica natura juridică a contestației la executare drept cale de atac specifică executării silite este ca și cum despre plângerea contravențională s-ar aprecia că are natura juridică a unei căi de atac specifice procedurii de sancționare contravențională. Chiar dacă niciuna dintre afirmațiile de mai sus nu este greșită, căci într-adevăr contestația la executare este întâlnită numai în faza de executare silită la fel cum plângerea contravențională înțează doar într-o procedură administrativă determinată, a raporta natura juridică de aceste împrejurări ne pare a fi o construcție repetitivă prin care se omite esența instituției și se ajunge deja pe tărâmul definiției acesteia. Or, spre deosebire de definiția care trebuie dată fiecărei instituții juridice, prin care trebuie identificate toate elementele specifice, general aplicabile și deosebirile de categoriile juridice apropiate, procesul de determinare a naturii juridice a unei instituții credem noi că este mai puțin particular, căutând a se identifica tocmai trăsăturile directe care imprimă un anumit caracter global instituției juridice și permit includerea într-o anumită categorie, *alături de alte instituții similare* și deosebit de alte categorii. Altfel spus, natura juridică este mai puțin particulară decât însăși definiția instituției juridice, fiind o legătură de tipul gen-specie. Ca atare, aprecierea contestației la executare ca fiind o cale de atac specifică fazei de executare silită nu interesează sub aspectul determinării naturii juridice, ci chiar a definirii instituției analizate.

Mai mult, pornind chiar de la denumirea legală a instituției analizate și de la sediul reglementării acesteia, a considera contestația la *executare* ca fiind specifică *executării silite* ne pare a fi un pleonasm sau, cel puțin, o construcție inutil repetitivă sub aspectul determinării naturii juridice deoarece, pe de o parte, contestația nu poate exista în alt context decât acela al unei executări silite, iar pe de altă parte, aprecierea în acest mod nu face altceva decât să accentueze dilemele cu privire la natura juridică reală a instituției în discuție. În fond, așa cum am expus principalele teze formulate de-a lungul timpului în literatura de specialitate, întreaga discuție urmărește a stabili dacă suntem în prezența unei căi de atac sau, dimpotrivă, a unei acțiuni civile, acțiuni care, la rândul său, poate îmbrăca forme diferite. Ca atare, la nivel principial, de identificare a naturii juridice a instituției contestației la executare, noi considerăm relevant a determina dacă aceasta este o cale de atac sau o acțiune civilă.

În susținerea tezei potrivit căreia contestația la executare este o cale de atac trebuie pornit de la o premisă evidentă subliniată în literatura de specialitate⁵², anume aceea că sistemul căilor de atac reglementate de legislația procesual civilă românească nu trebuie limitat la cele patru căi de atac prevăzute de Codul de procedură civilă pentru faza de judecată, respectiv apelul, recursul, contestația în anulare și revizuirea. Acestea ar putea fi denumite, cel mult, căi de atac *stricto sensu*, la care însă trebuie adăugate toate căile de atac prevăzute *de lege lata* împotriva actelor administrative, administrativ-jurisdicționale sau jurisdicționale, cum ar fi plângerea contravențională, cererea de reexaminare prevăzută de art. 200 alin. 5 C. proc. civ., acțiunea în anularea unei hotărâri arbitrale, reglementată de art. 608 C. proc. civ. sau cererea în anulare reglementată de art.1024 C. proc. civ.

⁵² Ibidem.

În plus, în doctrina⁵³ mai veche a fost evidențiată deosebirea între controlul judiciar, respectiv cel efectuat în interiorul sistemului judiciar de către instanțele judecătorești (de regulă superioare) cu privire la hotărârile judecătorești⁵⁴ (de regulă ale instanțelor inferioare) și controlul judecătoresc, prin care instanțele de judecată verifică legalitatea și temeinicia sau numai legalitatea unor acte ce emană de la organe ce nu fac parte din sistemul judiciar. În ciuda diferențelor între cele două tipuri de control efectuat de instanțele de judecată, una din trăsăturile esențiale și comune acestora este că, în ambele situații, instanțele sunt investite prin exercitarea căii de atac ce declanșează astfel controlul specific. Pe cale de consecință, indiferent în ce tip de control s-ar încadra o procedură anume prevăzută de legiutor pentru verificarea legalității și a temeiniciei sau doar a legalității actului și indiferent de proveniența actului, respectiv dacă este reprezentat de o hotărâre judecătorească sau, dimpotrivă, are ca emitent un organ exterior sistemului judiciar, esențială este împrejurarea că, în toate situațiile, efectuarea controlului de către instanța de judecată este o consecință a atacării actului respectiv de către persoana căreia legea îi recunoaște această calitate procesuală. Or, atacarea actului juridic în discuție nu se poate realiza altfel decât prin formularea căii de atac prevăzute de lege, indiferent de denumirea dată de către legiutor mijlocului procesual respectiv.

În literatura de specialitate⁵⁵ au fost identificate anumite trăsături specifice tuturor căilor de atac, caracteristici care se identifică în mod corespunzător și în cazul contestației la executare, împrejurare care îi conturează astfel natura juridică a unei căi de atac. O primă trăsătură definitorie constă în aceea că toate căile de atac pot fi formulate doar în cadrul unei proceduri *pendinte* sau cu privire la un act de procedură emis în cursul derulării unei proceduri reglementate de lege. La fel cum apelul, spre exemplu, nu se poate exercita în lipsa unei proceduri preexistente, anume judecata în primă instanță finalizată prin actul de procedură reprezentat de sentința sau încheierea primei instanțe, la fel nicio altă cale de atac prevăzută de lege nu poate exista fără o procedură anterioară, indiferent că este una de natură administrativă, administrativ-jurisdicțională sau jurisdicțională. Este limpede că și contestația la executare întrunește această cerință esențială, fiind o sesizare a instanței de judecată formulată de către contestator în cadrul unei proceduri preexistente de executare silită, fiind astfel parte integrantă din procedura execuțională în care se manifestă. De altfel chiar și cu privire la contestația la executare promovată de către un terț care urmărește ocrotirea dreptului său de proprietate, s-a arătat în doctrină⁵⁶ că acesta nu declanșează litigiul din proprie inițiativă, ci determinat de procedura execuțională pe care înțelege să o critice deoarece îi lezează drepturile. În acest sens contestația sa este urmarea unor imperfecțiuni în activitatea de executare silită, iar nu o voință a terțului de a sesiza sistemul judiciar în lipsa oricărei proceduri preexistente, cum este cazul cererilor de chemare în judecată, unde preexistent este numai un raport

⁵³ V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Editura Național, București, 1997, p. 323.

⁵⁴ A se vedea I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Căile de atac. Procedurile speciale*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1981, p. 9.

⁵⁵ Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, pp. 109-116.

⁵⁶ Al. Lesviodox, *op. cit.*, p. 16.

juridic de drept material.

O altă trăsătură esențială a căilor de atac este aceea că sunt îndreptate împotriva unor acte de procedură⁵⁷ emise tocmai în procedura care trebuie să fie anterioară sau concomitentă cu declanșarea căii de atac. Or, în raport de dispozițiile art. 712 alin. 1 C. proc. civ. vom observa că, în toate cazurile, contestația la executare este îndreptată împotriva unui act de procedură sau a unei mulțimi de astfel de acte, atunci când se contestă întreaga procedură. De altfel, chiar și în ipoteza contestării refuzului executorului judecătoresc de a efectua o executare silită sau de a îndeplini un act de executare în condițiile legii, pe lângă împrejurarea că acest refuz reprezintă un act procesual – ca manifestare de voință – el constituie și un act de procedură în care prinde formă acest refuz al executorului judecătoresc. Pe cale de consecință, indiferent de persoana contestatorului și fără a avea vreo relevanță motivele aduse în susținerea contestației la executare, potrivit art. 712 alin. 1 C. proc. civ. aceasta va fi îndreptată obligatoriu împotriva unor acte juridice emise într-o procedură preexistentă, anume executarea silită, fiind astfel atacate încheierile executorului judecătoresc, orice act de executare, refuzul executorului judecătoresc (ce reprezintă tot un act de procedură în cadrul executării silite) sau totalitatea actelor de procedură efectuate în faza de executare silită, anume întreaga executare silită. De altfel, chiar și în cadrul contestației la titlu prevăzute de art. 712 alin. 2 C. proc. civ. este vizat tot un act juridic preexistent a cărei origine este irelevantă câtă vreme dobândește valențe procesuale prin recunoașterea caracterului de titlu executoriu. Astfel, indiferent că titlul executoriu este reprezentat de un act juridic de drept material (un contract încheiat de părți căruia legea îi atribuie caracter executoriu) sau unul de drept procesual (o hotărâre judecătorească executorie), prin atribuirea caracterului de titlu executoriu și prin aptitudinea acestuia de a declanșa procedura executării silite, actul urmează a fi privit ca făcând parte din procedura execuțională cu privire la care se exercită contestația la executare.

Similar tuturor căilor de atac, contestația la executare trebuie formulată într-un anumit termen, sub sancțiunea decăderii⁵⁸. Chiar în condițiile în care art. 715 C. proc. civ. prevede termene diferite pentru promovarea contestației la executare în funcție de forma acesteia, obiectul contestației și chiar titularul său, în toate cazurile identificăm a fi reglementate termene speciale de decădere din dreptul de a formula contestația la executare. Mai mult, în condițiile în care o acțiune în revendicare este imprescriptibilă extinctiv și chiar art. 715 alin. 5 C. proc. civ. prevede că terțul își poate realiza dreptul și pe calea unei cereri separate, sub rezerva drepturilor dobândite de către terții adjudecatori în cadrul vânzării silite a bunurilor urmărite, totuși dacă înțeleg să aleagă calea contestației la executare sunt nevoiți a respecta termenul de decădere prevăzut de art. 715 alin. 4 C. proc. civ. Deci inclusiv în cazul terților, protecția drepturilor pretinse de către aceștia prin intermediul contestației la executare are natura juridică a unei căi de atac.

Nu în ultimul rând, formularea contestației la executare reprezintă premisa pentru o posibilă suspendare a executării silite în condițiile art. 719 C. proc. civ., respectiv sus-

⁵⁷ Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁸ *Idem*, p. 114.

pendarea procedurii preexistente cu privire la care se formulează calea de atac. Or, această caracteristică este specifică, de regulă, căilor de atac⁵⁹, suspendarea operând fie de drept, prin formularea în termen a căii de atac – cum este cazul apelului în general sau al plângerii contravenționale – fie la solicitarea părții interesate, prin dispoziția instanței, cum este ipoteza căilor extraordinare de atac prevăzute de Codul de procedură civilă.

În plus față de aceste argumente, autorul citat⁶⁰ arată că, indiferent de valoarea bunului urmărit, contestația la executare va fi soluționată de către instanța de executare, în timp ce formularea unei cereri separate de către terțul ce revendică bunul supus executării silite va urma regulile de stabilire a competenței materiale prin raportare la valoare, potrivit art. 94 pct. 1 lit. k), respectiv art. 95 pct. 1 C. proc. civ., împrejurare care, încă odată, conturează natura de cale de atac a contestației la executare, fiind reglementată o singură instanță competentă a o soluționa, indiferent de titularul cererii sau de scopul urmărit de acesta.

Argumentele redate mai sus în susținerea naturii juridice a contestației la executare de cale de atac în toate situațiile le considerăm a fi corecte și aderăm la acestea având în vedere că surprind trăsăturile definitorii ale căilor de atac în general, elemente care se regăsesc identic și în cazul contestației la executare. În plus față de acestea, găsim corectă o critică a tezelor mixte exprimată în doctrină⁶¹ potrivit căreia „sub semnul rigorilor logice și al coerenței, ni se pare greu de admis ca una și aceeași instituție juridică să dobândească aleatoriu calificări diferite. Altfel zis, axiomatic, calea de atac face parte din acțiune, nu acțiunea se integrează sistemului căilor de atac”. De altfel, sintetizând toate opiniile redate mai sus, principalele divergențe privesc lămurirea aspectului dacă o contestație formulată de un terț pentru ocrotirea drepturilor sale are natura juridică a unei căi de atac sau a unei acțiuni introductive propriu-zise, fiind general acceptat că, în cazul părților, contestația prezintă trăsăturile unei căi de atac.

Or, în raport de modul în care este reglementată contestația la executare, noi considerăm că inclusiv în cazul demersului procesual susținut de către terțul care se pretinde proprietarul bunului executat silit suntem tot în prezența unei căi de atac având în vedere că, potrivit art. 712 alin. 1 C. proc. civ., cum am expus deja, pot fi atacate numai acte de executare, legiuitorul arătând că *împotriva* acestora se poate face contestația la executare. Astfel, fără a insista asupra unei interpretări gramaticale în condițiile în care prepoziția „împotriva” desemnează clar o acțiune de atac, fiind utilizată frecvent de către legiuitor pentru a desemna calea de atac instituită în anumite situații (cum se regăsește în dispozițiile art. 191 alin. 1, art. 200 alin. 5; art. 1024 alin. 1 C. proc. civ. etc.), vom observa că, în toate cazurile, contestația la executare privește actele de procedură efectuate sau refuzate a fi executate ori întreaga procedură execuțională. În lipsa acestora, terțul nu ar fi vătămat în drepturile sale sau, cel puțin, nu în cadrul unei proceduri aflate în derulare. Ca atare, ceea ce declanșează demersul procesual al terțului contestator este tocmai actul de

⁵⁹ Idem, p. 115.

⁶⁰ Idem, p. 117.

⁶¹ I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 346.

executare care îi lezează dreptul său de proprietate, bunul său fiind supus unei proceduri execuționale, deși terțul este străin de raportul juridic existent între creditor și debitor. Indiferent dacă, în lipsa executării silite care ajunge să îl afecteze, terțul ar fi avut sau nu vreun motiv pentru a promova o acțiune în revendicare distinctă, ceea ce prezintă relevanță în acest caz este că ieșirea din pasivitate a terțului este atrasă tocmai de desfășurarea executării silite, respectiv prin efectuarea de acte de executare cu privire la bunul său, deși, prin definiție, terțul nu este ținut a răspunde, ci debitorul. Drept urmare, ceea ce îl afectează în mod direct pe terțul proprietar este tocmai actul de executare care îi nesocotește dreptul de proprietate.

În atare situație, pe lângă acțiunea de drept comun pe care oricum o are la dispoziție, art. 715 alin. 5 C. proc. civ. fiind limpede în acest sens, terțul poate ataca nemijlocit însuși actul care îi afectează dreptul său de proprietate, desființând astfel măsura execuțională nelegală și, pe cale de consecință, obținând protecția dreptului său. Împrejurarea că acesta este mecanismul de funcționare al contestației la executare rezultă din modul în care este reglementat obiectul contestației. Astfel, în toate cazurile, indiferent de titularul contestației sau de motivele invocate, aceasta trebuie îndreptată împotriva unui act de procedură sau a tuturor actelor, când se contestă întreaga executare silită, în caz contrar instanța nefiind investită cu o contestație la executare, ci cu o altă cerere care va primi o calificare distinctă. Pentru acest motiv nu putem fi de acord cu o opinie exprimată în literatura de specialitate potrivit căreia desființarea actelor de executare se bazează pe pretenția contestatorului de valorificare a unui drept propriu⁶². În concret, dacă terțul ar dori să își valorifice dreptul propriu prin formularea unor pretenții cu privire la bunul urmărit silit are posibilitatea de a promova o acțiune în constatare sau în revendicare, după caz, ipoteze în care drepturile sale pot fi recunoscute sau chiar realizate.

În schimb, în cazul în care alege să formuleze o contestație la executare, terțul se îndreaptă împotriva actului de executare care vizează bunul său deoarece tocmai actul atacat îi lezează dreptul, altfel neavând vreun interes a-și revendica propriul bun. Ca atare, ceea ce aduce atingere drepturilor terțului este tocmai actul de executare, iar nu o conduită a creditorului sau a debitorului care i-ar nesocoti dreptul de proprietate pentru a fi necesară o acțiune în revendicare de la vreuna din aceste părți. În consecință, problema dreptului de proprietate ridicată de către terț pe calea contestației la executare ține de motivele pe care acesta le aduce în susținerea contestației și a propriului său interes de a interveni într-o procedură execuțională care, teoretic, nu ar trebui să îl privească. Aceasta însă nu schimbă elementele analizei câtă vreme demersul judiciar al terțului este îndreptat tot împotriva actului de executare pretins nelegal și vătămător, motiv pentru care cererea astfel formulată nu poate primi calificarea unei acțiuni în revendicare, ci a unei căi de atac.

Pe de altă parte, dezbateră cu privire la admisibilitatea unei acțiuni în constatare în cazul în care contestația formulată de către terț ar fi catalogată drept cale de atac, iar nu acțiune în realizare, credem noi că este una falsă. Astfel, potrivit art. 35 teza a II-a C. proc. civ., «cererea nu poate fi primită dacă partea poate cere realizarea dreptului *pe orice altă*

⁶² D. C. Tudurache, *op. cit.*, Ed. a 2-a, p. 27.

cale prevăzută de lege». Ca atare, legiuitorul nu îngrădește mijloacele procesuale prin care dreptul poate fi realizat, ba dimpotrivă caracterul subsidiar al acțiunii în constatare este accentuat, fiind permisă numai în cazul în care partea nu are nicio altă cale prevăzută de lege pentru realizarea dreptului. Or, fără a lua în considerare o eventuală acțiune în revendicare ce ar face inutilă întreaga discuție căci reprezintă o acțiune în realizare ce blochează o cerere în constatare, oricum terțul are o cale prevăzută de lege, cea descrisă de art. 712 alin. 4 sau de art. 713 alin. 5 C. proc. civ. Ca atare, inclusiv în situația în care terțul nu ar fi ținut a recurge la o revendicare a bunului supus executării silită – spre exemplu, în ipoteza în care nu a pierdut posesia bunului – legiuitorul îi oferă terțului o cale de a-și proteja dreptul, fie în cazul proprietății comune pe cote-părți sau în devălmășie, fie în cazul proprietății exclusive. Ca atare, o acțiune în constatare oricum ar fi inadmisibilă în condițiile în care realizarea dreptului terțului se poate realiza prin calea contestației la executare.

Mai mult, în cazul în care terțul înțelege a revendica bunul supus executării silită, legiuitorul îi oferă două mijloace procesuale: contestația la executare (supusă unui termen de decădere) sau acțiunea în revendicare de drept comun. Desigur că acest paralelism legislativ își are propria rațiune – cu precădere în situația terțului față de părțile raportului juridic de drept execuțional și protecția ce trebuie acordată dreptului de proprietate – însă ar ridica serioase probleme de coerență juridică dacă ambele mijloace procesuale ar primi aceeași calificare juridică. Altfel spus, contestația la executare ce ar avea natura unei acțiuni în revendicare ar fi supusă unui termen de decădere, dar acțiunea în revendicare – la care terțul oricum poate recurge – ar fi imprescriptibilă. De asemenea, contestația la executare ce ar avea natura unei acțiuni în revendicare, deși teoretic ar trebui să solicite recunoașterea și respectarea dreptului de proprietate al terțului, potrivit art. 712 alin. 1 C. proc. civ. ar trebui, prioritar, să critice anumite acte de executare, spre deosebire de acțiunea în revendicare propriu-zisă, unde terțul efectiv și-ar revendica bunul în discuție. De altfel, chiar și dispozitivul hotărârii pronunțate în caz de admitere a cererii ar fi considerabil diferit, cel în cazul contestației la executare având ca prim efect *anularea* actului de executare și, doar ca o consecință, recunoașterea dreptului terțului prin lăsarea bunului în deplină proprietate, în timp ce soluția de admitere a acțiunii în revendicare nu ar avea nicio tangență cu vreun act de executare silită. Aceste argumente *ad absurdum* au numai rolul de a evidenția lipsa de coerență a tezelor potrivit cărora contestația la executare formulată de către terț ar avea altă natură juridică decât aceea de cale de atac, la fel cum au toate formele contestației la executare, indiferent de titularul cererii sau de motivele invocate. Esențial este faptul că întregul demers procesual are ca punct de pornire atacarea unuia sau unor acte de executare silită pentru motive ce țin de nelegalitatea și, în unele cazuri, netemeinicia lor. Or, o asemenea cerere adresată instanței de executare nu poate fi calificată altfel decât o cale de atac.

Pe de altă parte, în condițiile în care motivele invocate de către terț în susținerea contestației la executare vizează dreptul său de proprietate, solicitând ca, admitându-se contestația, să îi fie respectat dreptul pretins, apreciem evident că inclusiv acest petit al cererii va intra sub incidența autorității de lucru judecat în sensul dat de art. 431 alin. 1

C. proc. civ., inclusiv în cazul unei acțiuni în revendicare ulterioare, cauza juridică fiind aceeași.

Revizuirea întemeiată pe dispozițiile art. 509 alin. 1 pct. 5 Cod procedură civilă

Revision based on the provisions of art. 509 par. 1 pt. 5 Civil Procedure Code

Drd. **Beatrice PIESSE-MALIMARCOV***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

Revision of a substantive judgment or appeal may be required if, after the judgment has been given, evidence has been found, retained by the opposing party or unrelated to the will of the parties.

The fulfillment or non-fulfillment of the above conditions also determines the solutions that the review court can formulate.

The mere fact that the party would have discovered after the trial, some documentary evidence, is not such as to justify the admission of the review unless the party proves that a force majeure circumstance prevented her from acquiring them during the trial. Therefore, if the reviewer presents new documents without proving that he was objectively unable to present them at the ordinary court stage, the review must be rejected, with some diligence being required by that party, otherwise, bringing into question a final judgment entered into the power of the trial.

Keywords: *Revision; piece of evidence; evidence retained by the opposing party; circumstance above the will of the parties; court order.*

Rezumat

Revizuirea unei hotărâri pronunțate asupra fondului sau care evocă fondul poate fi cerută dacă după darea hotărârii, s-au descoperit înscrisuri doveditoare, reținute de partea potrivnică sau care nu au putut fi înfățișate dintr-o împrejurare mai presus de voința părților.

Îndeplinirea sau neîndeplinirea condițiilor mai sus arătate, determină și soluțiile pe care instanța de revizuire le poate pronunța.

Simpla împrejurare că partea ar fi descoperit ulterior judecății, anumite înscrisuri probatorii, nu este de natură să justifice admiterea revizuirii, dacă partea nu dovedește că o împrejurare de forță majoră a împiedicat-o să le procure

* beapiess@yahoo.com

în timpul procesului. Prin urmare, dacă revizuentul prezintă înscrisuri noi, fără a dovedi și faptul că s-a aflat în imposibilitate obiectivă de a le prezenta în faza judecătii ordinare, revizuirea se impune a fi respinsă, impunându-se o anumită diligență din partea respectivei părți, în caz contrar, ajungându-se la repunerea în discuție a unei hotărâri definitive, intrată în puterea lucrului judecat.

Cuvinte-cheie: Revizuire, înscrisuri doveditoare, înscrisuri reținute de partea potrivnică, împrejurare mai presus de voința părților, hotărâre judecătorească

1. Introducere

Noul Cod de procedură civilă preia în principal¹ aceleași motive de revizuire, pe care le reasează, formându-se 11 motive de exercitare a acestei căi de atac.

Din punct de vedere al sferei sale de aplicare, revizuirea se înfățișează sub un aspect eterogen, grupând o serie de ipoteze lipsite de unitate².

Motivele de revizuire sunt expres și limitativ prevăzute de lege la art. 509 C. pr. civ.. dispozițiile care reglementează revizuirea sunt de strictă interpretare și aplicare în ceea ce privește condițiile de admisibilitate, cât și motivele de exercitare.

Hotărârea atacată prin intermediul revizuirii nu poate fi criticată în raport de materialul dosarului existent la data pronunțării respectivei hotărâri, ci numai pe baza unor împrejurări noi, necunoscute de instanțe la data pronunțării.

Revizuirea poate privi atât greșeli de judecată, datorate necunoașterii unor elemente decisive cu privire la cauză, cât și unor greșeli de procedură.

2. Motivul de revizuire prevăzut de art. 509 alin. 1. pct. 5 C. proc. civ.

Potrivit dispozițiilor art. 509 alin. 1 pct. 5 C. pr. civ., revizuirea unei hotărâri pronunțate asupra fondului sau care evocă fondul poate fi cerută dacă după darea hotărârii, s-au descoperit înscrisuri doveditoare, reținute de partea potrivnică sau care nu au putut fi înfățișate dintr-o împrejurare mai presus de voința părților.

Potrivit art. 265 C. pr. civ., constituie înscris în înțelesul legii orice scriere sau altă consemnare care cuprinde date despre un act sau fapt juridic, indiferent de suportul ei material ori de modalitatea de conservare și stocare, sens în care în categoria juridică a înscrisului va fi inclusă nu doar scrierea propriu-zisă pe hârtie, ci și alte modalități de consemnare a informațiilor³, ceea ce presupune înscrisurile pe suport informatic, astfel cum este acesta definit la art. 266 și art. 282 C. pr. civ. și înscrisurile în formă electronică, a căror reglementare detaliată se regăsește în cuprinsul Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică⁴.

¹ Cu excluderea motivului prevăzut la art. 322 pct. 1 din vechiul C. pr. civ..

² I. Stoescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Căile de atac și Procedurile speciale*, Editura didactică și pedagogică, București, 1981 p. 84.

³ I. Leș, *Reglementarea probelor în noul Cod de procedură civilă*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 1/2011, p. 82-112.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 429 din 31 iulie 2001.

În practica judiciară s-a apreciat că noțiunea de înscris, în accepțiunea art. 509 alin. 1 pct. 5 C. pr. civ. trebuie privită în sens restrâns, fără a include declarații de martori chiar autentificate⁵, mărturisiri, rapoarte de expertiză ori înscrisuri administrate într-o cauză anterioară. Declarațiile de martori date sub formă autentică nu constituie înscrisuri în sensul legii, întrucât consemnarea unor mărturii într-un înscris nu schimbă caracterul probei⁶.

Nu se circumscriu noțiunii de înscrisuri doveditoare nici articolele publicate în revistele de specialitate, relațiile furnizate de autorități ulterior procesului definitivat, evenimente precum căsătoria sau nașterea sau schimbarea legii⁷.

În practica judiciară relativ recentă s-a reținut că și o hotărâre judecătorească pronunțată după soluționarea litigiului în fond poate avea valoarea unui înscris nou⁸ și poate determina admiterea revizurii, dacă este susceptibilă a determina o soluție diferită decât cea pronunțată, cu condiția ca respectiva hotărâre judecătorească să fi fost pronunțată urmare a unei cereri de chemare în judecată introdusă anterior soluționării litigiului soldat cu hotărârea a cărei revizuire se solicită.

Pe aceeași linie de interpretare, s-a apreciat ca fiind întrunită condiția înscrisului nou în situația comunicării către parte a rezoluției Parchetului abia după soluționarea litigiului în fond, în condițiile în care deși poartă o dată ulterioară pronunțării hotărârii a cărei revizuire se cere, se referă la situații atestate de alte înscrisuri preexistente⁹.

Motivul de revizuire analizat se referă la descoperirea de înscrisuri doveditoare și care să fie urmarea, fie a faptului că acestea au fost reținute de către partea adversă, fie urmarea încetării acelei împrejurări mai presus de voința părții și care a determinat imposibilitatea prezentării lor în procesul finalizat cu hotărârea ce se cere a fi revizuită.

Art. 509 alin. 1 pct. 5 C. pr. civ. are în vedere ipoteza în care, la data pronunțării hotărârii atacate, instanța nu a avut în vedere anumite înscrisuri care existau la acel moment, deoarece nu i-au putut fi înfățișate de părți din motive independente de voința părților, înscrisuri care, în mod vădit, erau de natură a schimba soluția dată.

O decizie în recursul legii, pronunțată după darea soluției nu ar putea fi invocată drept temei al revizurii, din moment ce în acord cu disp. art. 517 alin. 1 C. pr. civ., o astfel de decizie nu are efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate și nici cu privire la situația părților din acele procese.

Pe același raționat, nici o hotărâre pronunțată în dezlegarea unor chestiuni de drept nu ar putea fi considerată un înscris nou, având în vedere regimul juridic al unei astfel de

⁵ În acest sens a fost casată o sentință a primei instanțe prin care a fost admisă o cerere de revizuire, întrucât prima instanță, „pe lângă îndatorirea ce o are să oblige pe revizuent a proba ce l-a împiedicat să depună înscrisurile la judecarea fondului, mai trebuie să aprecieze și seriozitatea, precum și concludența înscrisurilor, pentru ca acestea să nu fie depuse ca și pretext pentru admiterea revizurii, neputându-se admite ca prin ele să se ajungă la audierea martorilor”, a se vedea Tribunalul Reg. Cluj, decizia nr. 444/1955, citată în Gh. I. Chivulescu, I. V. Socec, *Revizuirea în dreptul procesual al R.P.R.*, Editura Științifică, București, 1961, p. 238.

⁶ A se vedea în acest sens Decizia de îndrumare a Tribunalului Suprem al Republicii Populare Române nr. 10/1953, citată în Gh. I. Chivulescu, I. V. Socec, *op. cit.*, p. 238.

⁷ Curtea Supremă de Justiție, Decizia civilă nr. 3910/1998, citată în M. C. Mocanu, *op. cit.*, p. 227.

⁸ Decizia Tribunalului București, Secția a VI-a comercială, nr. 1168 din 14 noiembrie 2005, citată în M. M. Pivniceru, G. Protea, *Revizuirea în procesul civil. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 131.

⁹ *Ibidem*.

hotărâri, aceasta fiind obligatorie în toate cauzele aflate în curs la data publicării sale în Monitorul Oficial al României.

De asemenea, s-a arătat că un act normativ, în speță regulamentul de ordine interioară, nu este un înscris în accepțiunea cazului de revizuire mai sus arătat¹⁰, la fel nici actele care nu fac decât să confirme o stare de fapt¹¹ și nici invocarea unui act normativ preexistent care nu a fost cunoscut la acel moment de către parte.

Într-o speță ce merită a fi evocată și analizată¹², s-a solicitat revizuirea unei hotărâri judecătorești, rămasă definitivă, prin care pârâtul fusese obligat la plata unei pensii lunare de întreținere în favoarea minorului, în cotă de 1/6 din veniturile nete lunare realizate.

În susținerea cererii de revizuire, reclamanta a invocat răspunsul primit la o adresă transmisă Ministerului Justiției, prin care i s-a comunicat faptul că punerea în executare, pe teritoriul Germaniei, a sentinței civile de stabilire a pensiei de întreținere nu se poate face, întrucât creanța de întreținere nu a fost stabilită într-un quantum determinat, prevalându-se așadar de motivul de revizuire prevăzut de disp. art. 509 alin. 1 pct. 5 C. pr. civ..

Instanța a procedat în mod corect la respingerea ca neîntemeiată a cererii de revizuire, apreciind că se invocă drept înscris nou un răspuns de la Ministerul Justiției, înscris ce este posterior pronunțării hotărârii a cărei revizuire a fost solicitată, fără ca revizuenta să fi făcut dovada că acest act nu a putut fi înfățișat dintr-o împrejurare mai sus de voința sa în cursul procesului.

Referitor la cerința imposibilității prezentării înscrisului pretins doveditor în instanța care a pronunțat hotărârea atacată, simpla afirmație că partea a luat cunoștință, pe orice cale, după pronunțarea hotărârii, de respectivul înscris, nu legitimează calea procedurală a revizuirii, dacă nu se face dovada că imposibilitatea de prezentare s-a datorat faptului că acesta a fost deținut și ascuns de partea adversă sau unei împrejurări mai presus de voința părții.

În speță, s-a reținut că revizuenta nu poate susține faptul că ar fi îndeplinite condițiile art. 509 alin. 1 pct. 5 teza a II-a C. pr. civ., întrucât pe parcursul soluționării cererii care a făcut obiectul dosarului era în măsură să facă demersurile necesare pentru obținerea documentului invocat prin cererea de revizuire.

De asemenea, s-a reținut că, deși poate fi admisă susținerea revizuintei cu privire la necunoașterea dreptului german, se poate constata că pe întreaga durată a judecării cererii care a făcut obiectul dosarului având ca obiect pensie de întreținere, a beneficiat de asistență juridică. Aceste aspecte de fapt coroborate au condus instanța de revizuire la concluzia că reclamanta putea formula adresă către Ministerul Justiției, pentru a se interesa de modalitatea punerii în executare a hotărârii, pe întreaga durată a desfășurării procesului, fiind extrem de previzibil faptul că etapa executării civile urma să se facă în

¹⁰ Tribunalul Suprem, decizia nr. 1215/1961, citată în I. Stoescu, S. Zilberstein, *op. cit.*, nota de subsol 258, p. 90.

¹¹ Tribunalul Suprem, decizia nr. 1456 din 7 august 1956, citată în I. Stoescu, S. Zilberstein, *op. cit.*, nota de subsol 258, p. 90.

¹² Judecătoria Deva, Secția civilă, sentința nr. 1144/23.05.2018 pronunțată în dosarul nr. 1821/221/2018, nepublicată.

Germania, având în vedere reședința intimatului. Pe de altă parte, oricare dintre anexele Regulamentului CE nr.4/2009 din 18 decembrie 2008 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor și cooperarea în materie de obligații de întreținere fac trimitere la „sumă plătită într-o singură rată/sumă plătită în mai multe rate; data scadenței / suma”, sintagme din care rezultă necesitatea stabilirii creanței de întreținere într-un quantum determinat (exemplificativ, pct. 5.2.1.2, 5.2.1.3 din Anexa 1 a Regulamentului european amintit).

Sentiința judecătorească mai sus arătată nu a fost menținută în calea de atac a apelului, Tribunalul Hunedoara¹³ apreciind, în total dezacord cu prima instanță de fond, că aspectele prezentate de parte se încadrează în motivele de revizuire indicate.

Cu referire la înscrisul invocat, adresă transmisă Ministerului Justiției – Direcția Drept Internațional și Cooperare Judiciară – Serviciul cooperare judiciară internațională în materie civilă și comercială, Tribunalul a reținut că această informare oficială, deși nu a fost redactată și nu a existat în sens material la data când a fost pronunțată hotărârea a cărei revizuire se cere, conținutul acesteia reflectă o stare de fapt și de drept existentă la data pronunțării sentinței civile a cărei revizuire se cere.

S-a mai arătat că apare ca evident că apelanta s-a adresat autorității competente ulterior pronunțării hotărârii judecătorești, obținând acest răspuns negativ, întrucât în lipsa unui titlu executoriu, creditorul nu avea posibilitatea de a efectua demersuri pentru punerea în executare a unei hotărâri judecătorești, lipsind interesul unui astfel de demers.

Tribunalul a subliniat că legea trebuie interpretată în spiritul și nu în litera sa, fiind aplicabile cauzei atât principiul interesului superior al minorului, care trebuie să primeze în orice măsuri luate de instanță în cauze referitoare la copii, cât și faptul că un atribut important al unei hotărâri judecătorești este executorialitatea sa, în condițiile statuate de Codul de procedură civilă.

În argumentarea soluției, tribunalul a mai învederat că soluția adusă de prima instanță de fond nu a făcut altceva decât să conducă în final la lipsirea de orice efect juridic a unei hotărâri judecătorești definitive, în lipsa aptitudinii de a fi pusă în aplicare și executată, minorul fiind astfel privat de pensia de întreținere acordată începând cu data introducerii cererii de chemare în judecată care a condus la pronunțarea hotărârii ce se cere a fi revizuită ori până la momentul alternativ al obținerii unui alt nou titlu executoriu împotriva debitorului.

S-a reținut și că o eventuală cerere în probațiune, de emitere a unei adrese la Ministerul Justiției în dosarul respectiv ar fi fost respinsă ca nefiind utilă cauzei, întrucât viza o perioadă ulterioară pronunțării.

În ceea ce privește condiția caracterului determinat, s-a apreciat din conținutul răspunsului oficial al Ministerului Justiției că în Germania nu este posibilă declararea ca executorie a unei sentințe care stabilește quantumul creanței în procent sau în fracție, iar pentru calcularea acestei sume autoritatea a indicat adresarea unei cereri pentru stabilirea creanței în quantum determinat.

Cum corect a reținut prima instanță de fond, pe parcursul soluționării cererii care a

¹³ Tribunalul Hunedoara, Secția I civilă, Decizia nr. 735/A/12.10.2018, definitivă, nepublicată.

făcut obiectul dosarului, revizuenta era în măsură să facă demersurile necesare pentru obținerea documentului invocat prin cererea de revizuire, aceasta având cunoștință de la începutul procesului care a avut ca obiect emiterea hotărârii atacate, de faptul că intimatul este stabilit în Germania, solicitând citarea acestuia la adresa din străinătate.

Or, un înscris eliberat sau emis de o autoritate după pronunțarea hotărârii ce se atacă (căci în cauză nu poate fi vorba de descoperirea aceluși înscris), nu poate determina *per se* incidența revizuirii.

La fel, nu poate fi neglijat nici faptul că pe întreaga durată a judecării cererii care a făcut obiectul dosarului având ca obiect pensie de întreținere, revizuenta a beneficiat de asistență juridică.

Contrar celor arătate de instanța de control judiciar, reclamanta putea formula adresă către Ministerul Justiției pentru a se interesa de modalitatea punerii în executare a hotărârii, pe întreaga durată a desfășurării procesului, chiar și înainte, fără a se putea invoca lipsa sa de interes, din moment ce aceste informații sunt de uz oficial, fiind de altfel extrem de previzibil faptul că în situația dată etapa executării civile urma să se facă în Germania, având în vedere reședința intimatului, pentru considerentele amintite de prima instanță, mai sus expuse.

Mai mult decât atât, apreciez că simpla împrejurare că partea descoperă ulterior judecării, anumite înscrisuri probatorii, nu este de natură să justifice admiterea revizuirii, dacă partea nu dovedește că o împrejurare de forță majoră a împiedicat-o să le procure în timpul procesului. Prin urmare, dacă revizuentul prezintă înscrisuri noi, fără a dovedi și faptul că s-a aflat în imposibilitate obiectivă de a le prezenta în faza judecării ordinare, revizuirea se impune a fi respinsă, impunându-se o anumită diligență din partea respectivei părți.

Nu ar putea fi reținută în acest sens nici lipsa cunoștințelor juridice, apărarea defectuoasă nefiind prevăzută printre cazurile de revizuire și neputând fi asimilată forței majore. Nepriceperea apărătorului ales în organizarea strategiei de apărare a părții prin nedepunerea la dosar a unor înscrisuri, nu poate atrage admiterea revizuirii pe acest motiv.

De asemenea, pe același raționament, practica judiciară a arătat că ignorarea ori simpla necunoaștere a unor înscrisuri care se găseau în arhiva unei instituții, nu constituie o împrejurare de necunoaștere a existenței înscrisului, mai presus de voința părții, ci o deficiență de apărare sau pregătirea apărării, fapt ce conduce la respingerea revizuirii¹⁴.

La fel, în verificarea admisibilității acestui motiv de revizuire, dovada conduitei obstructioniste a părții adverse sau a împrejurărilor mai presus de voința părților care au împiedicat înfățișarea înscrisului pe durata soluționării în fond, incumbă revizuentului și se concretizează în dovedirea demersurilor efectuate prin care a încercat obținerea înscrisurilor respective¹⁵.

¹⁴ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 5730 din 29 iunie 2005, disponibilă pe <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=82346>.

¹⁵ O. Spineanu-Matei în G. Boroi (coord.), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Vol. I. Art. 1-526*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 983.

La fel, este de necontestat că principiul interesului superior al minorului trebuie să guverneze toate măsurile luate în privința sa, însă un atare principiu nu ar trebui să permită abdicarea de la rigoarea cu care trebuie analizată incidența revizuirii, în fapt o cale extraordinară de atac, caracterul acesteia determinând necesitatea interpretării restrictive a textului de lege¹⁶.

Totodată, în cauză, nu trebuie omisă că partea era asistată de avocat în procedura judiciară, precum și faptul că putea critica sub acest aspect hotărârea dată de judecătoria pe calea apelului sau chiar utilizând de procedura lămuririi hotărârii prevăzută de disp. art. 443 alin. 1 C. pr. civ., pentru a cere lămuriri cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea dispozitivului hotărârii, însă a pierdut termenul legal de exercitare a respectivelor căi de atac.

3. Concluzii

Astfel, cu titlu generalizat, fără a face paralela cu speța mai sus evocată, se impune concluzia că propria indiferență ori lipsă de diligență a unei părți nu o poate îndreptăți pe aceasta să obțină protecția dreptului său, în acord cu regula de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Mai mult decât atât, admisibilitatea revizuirii în acest caz, are la bază, prezumția că revizuentul nu se află în culpă și că nu i se poate imputa neprezentarea actului în cursul judecătii anterioare. Astfel, revizuirea nu poate fi utilizată dacă partea a avut puțința de a înfățișa actul și n-a făcut-o, indiferent că acesta s-ar afla în deținerea părții adverse sau în deținerea altei persoane, căci atunci ar fi fost incidente dispozițiile art. 293, art. 295 și urm. C. pr. civ..

Nu sunt întrunite ipotezele textului de lege și nu este permisă revizuirea atunci când înscrisurile sunt procurate de parte ulterior finalizării procesului¹⁷, pentru că, într-o asemenea situație, s-ar ajunge la repunerea în discuție a unei hotărâri definitive, intrată în puterea lucrului judecat.

Altminteri, prezentând un mijloc de probă nou – în sensul de înscris procurat ulterior judecătii – și pretinzând ca pe baza acestuia să fie revizuită hotărârea, părțile tind, de fapt, la nesocotirea autorității de lucru judecat a celor statuate definitiv.

Or, funcția revizuirii, de cale extraordinară de atac, nu este aceea de a conduce la reevaluarea judecăților irevocabile în afara condițiilor strict reglementate procedural.

¹⁶ A. Tabacu, *Contestația în anulare și revizuirea*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 113.

¹⁷ Judecătoria Deva, Secția civilă, sentința nr. 3257/21.06.2013 pronunțată în dosarul nr. 3455/97/2012, neatacată, nepublicată.

Răspunderea arbitrilor

The liability of Arbitrators

Drd. Raul MIRON*

Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

Arbitrators, unlike judges, have a legal status that does not offer a protection comparable to that of magistrates, being subject to disciplinary, civil and criminal sanctions for the way in which they exercise their mandate as arbitrators. In this paper we are going to identify and present the premises for engaging disciplinary proceedings against arbitrators and we will develop the conditions in which the civil tort of an arbitrator can be engaged, for the wrongful execution of the mandate received. The criminal responsibility of arbitrators in Romania, although theoretically a fertile field of study, mainly due to the complexity of the discussions it generates, is insufficiently assessed at this moment in Romanian legal literature. As such, in this article we shall identify the main problems and difficulties in establishing the conditions for engaging the criminal liability of arbitrators.

Key words: arbitrators; responsibility; civil tort; disciplinary proceedings; criminal responsibility

Rezumat

Arbitrii, spre deosebire de judecători, au un statut juridic care nu le oferă o protecție comparabilă cu cea a magistraților, fiind pasibili de sancțiuni disciplinare, civile și penale pentru modalitatea de exercitare a mandatului primit. În acest articol urmează să identificăm și prezentăm premisele în care poate fi angajată răspunderea disciplinară a arbitrilor, urmând să dezvoltăm condițiile în care este posibilă atragerea răspunderii civile contractuale a arbitrilor, pentru neexecutarea conformă a mandatului primit. Răspunderea penală a arbitrilor în România, deși prezintă sub aspect teoretic un tărâm fertil de studiu, cu precădere datorită complexității discuțiilor pe care le presupune, este insuficient tratată în opinia noastră la acest moment. Ca atare, în acest articol încercăm să identificăm principalele problematice presupuse de condițiile în ipotezele angajării răspunderii penale a arbitrilor.

Cuvinte-cheie: arbitri; răspundere; civilă; delictuală; penală;

* raul.m.miron@gmail.com

1. Introducere

Ab initio, dată fiind generozitatea subiectului, dorim să circumstanțiem obiectul acestui articol precizând că dorim să tratăm punctual, atât izvorul juridic al răspunderii arbitrilor, cât și modalitatea efectivă în care acest lucru se poate realiza. În acest sens, vom face diferența între sancțiuni de ordin procedural ce intervin ca urmare a neexecutării unor obligații sau a executării deficitare a acestora de către arbitri (cum ar fi recuzarea) și pe de altă parte, apelarea la forța coercitivă, prin instituțiile abilitate, în vederea sancționării arbitrului.

Cu titlu prealabil, considerăm că reticența doctrinei în aprofundarea acestui subiect poate fi dată de poziția antitetica a opiniilor la nivel internațional. În acest sens, observăm două curente. Pe de o parte, susținătorii *status theory* ce exclud angajarea răspunderii arbitrului pe temei contractual¹, prezentă în mare parte în sistemele *common law*, cea de a doua viziune fiind una ce își fundamentează raționamentul tocmai pe răspunderea contractuală a arbitrului.

Ab love principium, aprofundând instituția angajării răspunderii arbitrilor la nivel național, sesizăm că, în funcție de obligația încălcată și norma din care aceasta derivă, putem cataloga răspunderea ca fiind (i) una civilă – derivând din răspunderea contractuală asumată de arbitru, operând astfel, în vederea protejării drepturilor părților lezate de o neexecutare sau executare deficitară, forța coercitivă a statului prin puterea judecătorească; (ii) o răspundere disciplinară – ce poate opera doar în cazul arbitrajului instituționalizat, iar în final, (iii) o răspundere personală de natură penală ca urmare a încălcării unor norme de drept menite a proteja un interes public, catalogate conform legislației române ca fiind infracțiuni.

În vederea conferirii unei viziuni de ansamblu în raport posibilitatea angajării răspunderii arbitrilor, având în vedere faptul că, literatura de specialitate și-a canalizat atenția în dezbaterile răspunderii civile și mai puțin a celei disciplinare sau chiar penale, considerăm oportun a analiza defalcat fiecare instituție.

2. Răspundere disciplinară

În ceea ce privește angajarea răspunderii disciplinare a unui arbitru, revenim și reiterăm faptul că aceasta poate opera doar în cazul arbitrajului instituționalizat. În categoria sancțiunilor disciplinare, ne permitem a încadra revocarea, suspendarea și radierea. Cu toate că inițial instituția revocării pare a fi o sancțiune de ordin procedural și nu o sancțiune disciplinară, considerăm că susținerile noastre se fundamentează pe un aspect tehnico-juridic relativ simplist, și anumite emitentul sancțiunii, concretizat în organul căruia norma legală îi conferă posibilitatea aplicării sancțiunii. În acest sens, la o analiză atentă observăm că atât în cazul revocării cât și al suspendării, respectiv radierii, competența aplicării sancțiunii cade în sarcina unui organ din cadrul Camerei de Comerț și Industrie a României. Cu

¹ Dalma Demeter, *The Arbitrators: Appointment – Challenge – Liability*, în Crenguța Leaua, Flavius A. Baias, *Arbitration in Romania. A Practitioner's Guide*, Editura Wolter Kluwer, București, 2016.

toate acestea, dacă discutăm de recuzare ca sancțiune procedurală observăm că în acest caz, conform art. 23 din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Internațional² recuzarea arbitrilor, asistenților arbitrali și experților se supune dispozițiilor din Codul de procedură civilă care privesc recuzarea judecătorilor, cererea de recuzare fiind soluționată de tribunalul arbitral.

Dată fiind această premisă, subliniem faptul că, în opinia noastră, chintesența catalogării unei răspunderi ca fiind una de natură disciplinară este dată, spre deosebire de o simplă sancțiune procedurală, odată de norma încălcată, normă ce apare în mod uzual ca fiind o regulă de conduită prestabilită printr-un regulament sau convenție între părți aflate în poziții de subordonare, iar pe de altă parte, faptul că sancțiunile ce derivă din încălcarea acestor norme sunt aplicate de persoane sau organe ierarhic superioare, acceptate de partea sancționată ca fiind organe de control.

Așadar, în ceea ce privește suspendarea ca sancțiune disciplinară aplicată unui arbitru, conform art. 5 din Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de Comerț și Industrie a României³, aceasta survine în situația în care, o cauză de incompatibilitate apare ulterior înscrierii în lista de arbitri, sancțiunea fiind aplicată de către Colegiul Curții de Arbitraj. Ne imaginăm această ipoteză în situația în care, unul dintre arbitri, ulterior înscrierii pe listă, promovează examenul de intrare directă în magistratură.

În ceea ce privește radierea din lista de arbitri, aceasta este cea mai severă sancțiune disciplinară aplicabilă, realizându-se conform art. 5 din Regulamentul de organizare și funcționare a CAICCIR, doar în cazul încălcării deosebit de grave a obligațiilor ce incumbă misiunii de arbitru. În lipsa oricăror criterii în determinarea gravității încălcării unor obligații, acestea se analizează *in concreto* de către Colegiul Curții de Arbitraj ce emite o decizie motivată, sancțiunea fiind aplicată prin rezoluție de către Biroul de conducere al Camerei de Comerț și Industrie a României. Conform art. 5, alin. (2) din Regulament, rezoluția Biroului de conducere a Camerei de Comerț și Industrie a României poate fi atacată de către persoana vizată, în termen de 15 zile de la comunicarea acesteia la Colegiul de conducere al Camerei de Comerț și Industrie a României, care va lua o decizie definitivă ce va fi comunicată de îndată petentului.

In addendum, în viziunea unor doctrinari⁴, *neîndeplinirea îndatoririlor de către un arbitru este asimilat refuzului unui magistrat de a-și îndeplini atribuțiile, acesta din urmă fiind supus unei sancțiuni disciplinare pentru îndeplinirea obligațiilor cu rea-credință în timp ce primul este susceptibil a fi tras la răspundere pentru daunele cauzate*. În opinia noastră această optică este susceptibilă de eroare din două puncte de vedere. Pentru deplina edificare în raport de viziunea ce va fi expusă, subliniem faptul că autorul făcea referire la posibilitatea atragerii răspunderii arbitrului în temeiul Codului de procedură

² Reguli de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României adoptate de Colegiul Curții de Arbitraj Comercial Internațional, publicate online la următoarea adresă electronică: <http://arbitration.ccir.ro/wp-content/uploads/2018/01/Reguli-de-procedura-arbitrala-ale-Curtii-de-Arbitraj.pdf>

³ Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de Comerț și Industrie a României, publicat online la următoarea adresă electronică: <http://arbitration.ccir.ro/wp-content/uploads/2018/02/Regulament-privind-organizarea-si-functiunea-Curtii-de-Arbitraj-Comercial-International.pdf>

⁴ C. Leaua, F. A. Baias, *Arbitration in Romania. A Practitioner's Guide*, Editura Wolter Kluwer, București, 2016.

civilă. În acest sens considerăm că nu este lipsit de înțelepciune a contura următoarele interpretări. Odată, conform art. 565 C. proc. civ., motivele ce pot să atragă răspunderea arbitralului nu sunt motive ce survin dintr-un refuz *per se* de executare a obligațiilor. În acest sens, ne afiliem opiniei doctrinare conform căreia, în situația în care arbitralul, anterior acceptării, renunță la însărcinarea primită, nu vom fi pe tărâmul răspunderii contractuale ci pe cea ale neexecutării promisiunii de a contracta prevăzută la art. 1279 C. civ.⁵ Neexecutarea conformă a obligațiilor, susceptibilă a demara o acțiune în răspundere împotriva arbitralului nu este asimilată unui refuz de a-și îndeplini atribuțiile ci din contră. Dacă am admite o altă opinie, dispozițiile art. 565, lit. d) C. proc. civ. ce prevăd posibilitatea angrenării răspunderii pentru gravă neglijență nu și-ar găsi aplicabilitatea. Concluzia ce se trage din poziția expusă este creionarea unei similitudini între răspunderea magistraților și cea a arbitralilor cu diferența, în opinia doctrinarului, a naturii răspunderii. Practic, se precizează faptul că, pentru îndeplinirea defectuoasă a unor atribuții, magistraților li se va aplica o sancțiune disciplinară în temeiul Legii nr. 303/2004, în timp ce arbitralilor li se va atrage răspunderea personală pentru daune. Esențial de subliniat în raport de acest aspect este faptul că și arbitri sunt susceptibili de sancțiuni disciplinare. Să nu oitem faptul că, toate motivele prevăzute în Regulile de procedură ale CAICIR sunt susceptibile să atragă răspunderea personală a arbitralului, fiind sancționate cu revocarea acestuia de către organele abilitate, cele două răspunderi putând fi cumulative.

Cu toate acestea, considerăm că viziunea autorului este fundamentată, printre altele și pe elemente de similitudine între normele ce reglementează atragerea răspunderii arbitralilor, respectiv art. 656 C. proc. civ. și dispozițiile art. 99 din Legea nr. 303/2004. Cu titlu exemplificativ, deși situațiile de atragere a răspunderii disciplinare a magistraților sunt în număr de 21 (douăzeci și unu), printre acestea se numără și *refuzul nejustificat de a îndeplini o îndatorire de serviciu; nerespectarea în mod repetat și din motive imputabile a dispozițiilor legale privitoare la soluționarea cu celeritate a cauzelor ori întârzierea repetată în efectuarea lucrărilor, din motive imputabile; lipsa totală a motivării hotărârilor judecătorești sau a actelor judiciare ale procurorului, în condițiile legii sau exercitarea funcției cu rea-credință sau gravă neglijență*. Înțelegem așadar raționamentul pe care și-a fundamentat autorul opinia, însă considerăm că se impun anumite nuanțări. Odată, deși există anumite similitudini, reiterăm faptul că arbitralul este susceptibil de sancțiune disciplinară pentru încălcarea îndatoririlor amintite. Într-adevăr, unui magistrat nu i se poate atrage răspunderea personală însă acest aspect rezultă din statutul acestora.

Pe de altă parte, pentru a putea angrena răspunderea disciplinară, a magistraților pentru îndeplinirea îndatoririlor cu rea-credință sau gravă neglijență este necesar a fi îndeplinite condițiile prevăzute de art. 99, ind. 1 din Legea 303/2004. Practic, în cazul magistraților atât reaua-credință cât și grava neglijență sunt clar explicitate, spre deosebire de cazul arbitralului unde se lasă loc de interpretare. Astfel, conform art. 99¹ *Există rea-credință atunci când judecătorul sau procurorul încalcă cu știință normele de drept material ori procesual, urmărind sau acceptând vătămarea unei persoane și există gravă neglijență*

⁵ F.Gh. Păncescu, comentariu asupra art. 565 C.proc.civ. în volumul G. Boroș (coordonator) *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Ediția a 2-a revizuită și adăugită.*, vol. II art. 456-1134, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 304

atunci când judecătorul sau procurorul nesocotește din culpă, în mod grav, neîndoielnic și nescuzabil, normele de drept material ori procesual. În opinia noastră aceste norme nu sunt susceptibile a fi aplicate *mutatis mutandis* arbitrilor, astfel încât, aceștia vor răspunde atât disciplinar cât și personal și patrimonial doar în urma analizării *in concreto* a tuturor aspectelor de fapt și de drept de către un organ de control în cazul sancțiunii disciplinare, respectiv de către o instanță de judecată în cazul atragerii răspunderii personale.

3. Răspundere civilă

Raportat la atragerea răspunderii civile a arbitrilor, literatura de specialitate română a achiesat aproape în unanimitate teoriei răspunderii contractuale. În acest sens, s-a stipulat faptul că, *odată cu acceptarea funcției de arbitru, între părți și arbitru se creează o legătură contractuală. Pe cale de consecință, neîndeplinirea obligațiilor ce decurg din această convenție poate atrage, în anumite condiții răspunderea contractuală a arbitrului.*⁶

Răspunderea arbitrilor pentru prejudiciile cauzate părții ca urmare a neîndeplinirii sau a îndepliniri defectuoase a unor atribuții a fost reglementată atât în Codul de Procedură Civilă anterior cât și în noua reglementare cu o ușoară diferență. Astfel, dacă în Codul de Procedură Civilă anterior se prevedea în cadrul art. 353 posibilitatea angajării răspunderii arbitrilor pentru *daune în condițiile legii*, Noul Cod de procedură civilă stipulează la art. 565 faptul că *arbitrii răspund în condițiile legii*. Cu toate acestea, situațiile pentru care se poate atrage răspunderea sunt aceleași, fiind expres enumerate în ambele coduri.

Esențial de amintit este faptul că, posibilitatea atragerii răspunderii arbitrilor este reglementată și prin Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Internațional, în condițiile art. 53 din Reguli.

Reiterând ipoteza expusă în cuprinsul art. 565, lit. d) C. proc. civ., se pune în discuție obligația arbitrului de a-și îndeplini obligațiile asumate cu bună credință, în sens contrar fiind susceptibil a fi tras la răspundere. *Per a contrario*, în situația în care suntem în prezența unei încălcări a unei îndatoriri de către arbitru, însă nu avem elementul relei credințe sau al gravei neglijențe, ne vedem în imposibilitatea atragerii răspunderii acestuia în temeiul normelor procesual civile. De vreme ce buna credință se prezumă, partea ce intențiază acțiune în instanță trebuie să dovedească faptul că arbitrul cu bună știință și rea-credință a înțeleș să își execute neconform obligațiile. Principiul bunei-credințe în desfășurarea procesului este prevăzut în cuprinsul normelor procesual civile, fiind reglementate în cuprinsul articolului 12 C. proc. civ.. În concret, legiuitorul a prevăzut o obligație *erga omnes* de respectare a drepturilor procesuale și de exercitare a acestora cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți. Aceste obligații incumbă tuturor participanților la proces, inclusiv judecătorului și arbitrilor. Încălcarea dispozițiilor prevăzute la art. 12, alin. 1) C. proc. civ. este sancționată cu amenda, alin. (2) al aceluiași articol prevăzând și posibilitatea exercitării unei acțiuni în daune de către partea prejudiciată. Cu

⁶ F. Gh. Păncescu, comentariu asupra art. 565 C.proc.civ. în volumul G. Boro (coordonator) *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Ediția a 2-a revizuită și adăugită.*, vol. II art. 456-1134, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 304

toate acestea, legea conferă dreptul la o acțiune în pretenții doar împotriva unei părți ce exercită abuziv anumite drepturi.

În completare, se pune în discuție posibilitatea angajării răspunderii arbitralului în situația încălcării unei îndatoriri cu gravă neglijență. Intră astfel în discuție elementul subiectiv din cadrul îndeplinirii condițiilor răspunderii contractuale însă cu un element suplimentar. Dacă pentru angajarea răspunderii contractuale se impune constatarea culpei, fiind indiferent dacă suntem în prezența unei culpe grave sau a unei culpe ușoare, art. 565 it. d C. proc. civ. impune necesitatea identificării unei grave neglijențe. Considerăm că gradul culpei și calificarea neglijenței în îndeplinirea atribuțiilor ca fiind una gravă trebuie să fie analizată *in concreto* în fiecare caz în parte și prin raportare la elemente de ordin subiectiv ale fiecărui arbitru dar și de ordin obiectiv în raport de comportamentul acestuia în alte situații similare, încadrarea neglijenței ca fiind una ușoară sau gravă fiind exclusiv de competența instanței de judecată.

Posibilitatea atragerii răspunderii arbitralului își poate avea fundamentul în normele enunțate și în angajarea unei răspunderi contractuale a acestuia pentru neexecutare totală sau parțială a obligațiilor corelative. În acest caz, devin incidente prevederile dreptului comun în materia răspunderii civile contractuale fiind necesar a fi în prezența unei executări neconforme/neexecutări totale, a unui prejudiciu cert, a unei legături de cauzalitate între fapta prejudiciabilă (constând în neexecutarea obligațiilor) și implicit, a unei culpe. În situația în care aceste elemente sunt întrunite în mod cumulativ, partea prejudiciată are la dispoziție posibilitatea formulării unei acțiuni în justiție în vederea obligării arbitralului la repararea prejudiciilor pricinuite de executarea defectuoasă a obligațiilor în această calitate. De asemenea, ne afiliem opiniei doctrinare⁷ ce susține faptul că nu există niciun impediment ca părțile să soluționeze disputa rezultată din neîndeplinirea obligațiilor de către arbitru tot pe cale arbitrală.

In extenso, observăm faptul că, în momentul tratării problemei reparării prejudiciilor cauzate prin încălcarea unor obligații de către arbitru se iau în considerare în esență situațiile expres prevăzute de normele procesual civile, respectiv dacă după acceptare, renunță în mod nejustificat la însărcinarea lor; dacă fără motiv justificat, nu participă la judecarea litigiului ori nu pronunță hotărârea în termenul stabilit de convenția arbitrală sau de lege, în situația în care nu respectă caracterul confidențial al arbitrajului, publicând sau divulgând date de care iau cunoștință în calitate de arbitri, fără a avea autorizarea părților sau în ipoteza în care încalcă cu rea-credință sau gravă neglijență alte îndatoriri ce le revin, în opinia noastră, posibilitatea angajării răspunderii arbitrilor pe teme contractual nu este unul limitat la situațiile expuse. Considerăm că o viziune în care posibilitatea părții prejudiciate este limitată, dar e limitată de cod, iar formularea „alte îndatoriri” lasă loc mai multor situații, la motivele expuse ar veni în contradicție flagrantă cu însăși instituția răspunderii contractuale. Pe de altă parte, suntem de acord cu faptul că executarea neconformă trebuie să fie de o anumită gravitate, fiind susceptibilă a produce un prejudiciu efectiv, însă a creiona ideea conform căreia îndeplinirea defectuoasă a altor obligații

⁷ F. Gh. Păncescu, comentariu asupra art. 565 C.proc.civ. în volumul G. Boroș (coordonator) *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Ediția a 2-a revizuită și adăugită.*, vol. II art. 456-1134, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 304

asumate ca urmare a înțelegerii părților nu este de natură a angaja răspunderea părții în culpă (în acest caz arbitrul) decât în situația în care am fi în prezența relei credințe sau a unei grave neglijențe ar lăsa instituția răspunderii contractuale caducă, devreme ce nu s-ar mai analiza elementul subiectiv al culpei conform dreptului comun în materie.

4. Răspunderea penală

În ceea ce privește răspunderea penală a arbitrilor, aceasta reprezintă până la acest moment o cutie a pandorei neexplorată de către doctrinari. În momentul în care discutăm de răspundere penală, este necesar să facem diferența între infracțiunile în care arbitrul poate fi subiect activ calificat și cele cu privire la care calitatea de arbitru nu este analizată în condițiile de tipicitate ale infracțiunii însă acesta poate fi susceptibil a comite infracțiuni ca urmare a îndeplinirii defectuoase a atribuțiilor ce îi revin. În acest context se va pune inevitabil întrebarea dacă arbitrul este funcționar public sau funcționar public asimilat. De asemenea, se va impune o diferențiere între arbitrii din cadrul Camerei de Comerț și Industrie a României și arbitrii care sunt aleși de părți, fără a fi trecuți pe lista de arbitri. Mai mult, nu trebuie omisă importanța Legii nr. 260/2004 pentru ratificarea Protocolului adițional la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția, adoptat la Strasbourg la 15 mai 2003.

Anterior oricărei discuții în raport de partea specială a Codului penal, considerăm că se impune a se stabili dacă calitatea de arbitru poate genera calitatea de subiect activ calificat. Pentru a răspunde la această întrebare trebuie determinat în primul rând, în ce măsură un arbitru poate fi funcționar public. Cu privire la acest aspect, vom trata diferențiat trei ipoteze: (i) situația unui arbitru din cadrul Curții Comerciale de Arbitraj Comercial de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României; (ii) situația unui arbitru numit de părți, însă în situația în care una din părți este persoană fizică dintre cele prevăzute la art. 175 Cod Penal și finalmente, (iii) situația arbitrului numit de părți persoane fizice sau juridice ce nu intră sub incidența art. 175 Cod penal și incidența dispozițiilor art. 1-4 din Legea nr. 260/2004.

(i) În ceea ce privește arbitrii din cadrul Curții Comerciale de Arbitraj Comercial lucrurile sunt relativ simple, având deja și o Decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție⁸ ce conferă orientare atât teoreticienilor cât și practicienilor. În acest sens, Înalta Curte a considerat faptul că arbitri din cadrul Curții Comerciale de Arbitraj Comercial sunt funcționari publici în sensul art.175 Cod Penal. Motivarea este una clară, lipsită de orice echivoc și se afiliază opiniei Curții de Apel București⁹, reiterând-o și explicitând-o într-o manieră în care să nu genereze conflict.

Cu titlu prealabil, Înalta Curte vine și reiterează un aspect ce l-a expus și în decizii anterioare prin care s-au dezlegat probleme de drept¹⁰, respectiv semnificația noțiunii de

⁸ Decizia nr.224A/2015 a Secției Penale a ICCJ disponibilă pe www.scj.ro

⁹ Sentința Penală a Curții de Apel București-Secția Penală nr. 35F/27 februarie 2015

¹⁰ Decizia nr. 20/29 septembrie 2014 a I.C.C.J Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 766 din 22 octombrie 2014.

funcționar public din dreptul penal, și faptul că, în opinia Curții, aceasta *nu este echivalentă cu cea de funcționar din dreptul administrativ*. În considerentele Deciziei, Curtea statuează faptul că, potrivit legii penale, noțiunile de „funcționar public” și de „funcționar” *au un înțeles mai larg decât acela din dreptul administrativ, datorită, atât caracterului relațiilor sociale apărute prin incriminarea unor fapte socialmente periculoase, cât și faptului că exigențele de apărare a avutului și de promovare a intereselor colectivității impun o cât mai bună ocrotire prin mijloacele dreptului penal*. Dată fiind această premisă s-a concluzionat faptul că membrii unui tribunal arbitral sunt funcționari publici, în sensul prevederilor art. 175 alin. (1) lit. a) C. pen., având în vedere că aceștia exercită atribuții și responsabilități în vederea realizării prerogativelor puterii judecătorești, în temeiul Legii nr. 134/2010 privind C. proc. civ. și al Legii nr. 335/2007 privind Camerele de Comerț din România. Acest raționament s-a fundamentat inclusiv pe modificările aduse prin noul Cod penal în raport de funcționarii publici. În concepția noului Cod penal, calitatea de funcționar public nu presupune existența unui raport de muncă sau de serviciu cu o unitate publică, ci analiza în concret a responsabilităților unei persoane, aceasta fiind practic chintesența dezlegării problemei supuse discuției. În opinia Înaltei Curți, astfel cum a fost expusă prin Decizie, pentru ca o persoană să dețină calitatea de funcționar public este suficient să aibă un set de responsabilități prevăzute într-o lege, care să vizeze participarea, în orice mod, la îndeplinirea prerogativelor uneia din cele trei puteri. În concret, condiția ca funcționarul să facă parte din una din cele trei puteri sau să își desfășoare activitatea în cadrul acestora este superfluă, aspectul ce interesează este activitatea *per se* pe care o desfășoară în baza legii să contribuie la îndeplinirea funcțiilor specifice puterilor statului.

Conform art.175, alin. (1) lit. a) Cod Penal „*Funcționarul public, în sensul legii penale, este persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație: exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești*”. În acest sens, având în vedere că arbitrajul este o jurisdicție alternativă ale cărei reguli sunt prevăzute în Codul de procedură civilă, iar hotărârea arbitrală este definitivă, obligatorie, constituie titlu executoriu și se execută silit întocmai ca și o hotărâre judecătorească, singura cale de atac împotriva unei hotărâri arbitrale fiind acțiunea în anulare la curtea de apel, care are regimul unei căi extraordinare de atac, se observă similitudine în raport de atribuțiile personalului ce exercită puterea judecătorească. În completare, Înalta Curte face referire la modificările aduse dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 335 din 3 decembrie 2007¹¹ legea camerelor de comerț din România, prin introducerea a două noi alineate respectiv alin (6) și (7) prin Legea nr. 39 din 30 martie 2011¹² pentru modificarea și completarea Legii camerelor de comerț din România nr. 335/2007 și pentru completarea art. 51¹ din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului¹³. În concret, modificările sunt următoarele - alin. (6) „*Curtea de Arbitraj*

¹¹ Legea nr. 335/2007 a camerelor de comerț din România, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 836/2007.

¹² Lega nr. 39/2011 pentru modificarea și completarea Legii camerelor de comerț din România nr. 335/2007 și pentru completarea art. 51¹ din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 224/2011.

¹³ Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 49/1990.

Comercial Internațional de pe lângă Camera Națională îndrumă activitatea curților de arbitraj de pe lângă camerele județene."; iar alin. (7) prevede faptul că „*Activitatea curților de arbitraj de pe lângă camerele județene se desfășoară conform prevederilor C. proc. civ., ale Regulamentului de organizare și funcționare și ale Regulilor de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera Națională*”. Aceste norme vor fi coroborate cu dispozițiile art. 4 alin. (1) din Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, ce prevăd „*Curtea de Arbitraj se compune din arbitri, aprobați de către Colegiul de Conducere al Camerei de Comerț și Industrie a României (denumită în continuare Camera Națională), la propunerea președintelui Camerei naționale, formulată cu consultarea președintelui Curții de Arbitraj, dintre persoanele care îndeplinesc condițiile prevăzute în prezentul regulament și care au depus o cerere în acest sens. Pentru deplina edificare în raport de atribuțiile arbitrilor ce par a fi integrate ca făcând parte din atribuții ale puterii judecătorești sau asimilate acestora sunt dispozițiile art. 12 alin. (1) din Regulament ce prevăd „Arbitrul/Supraarbitrul își exercită activitatea cu titlu individual, fiind independent și imparțial, supus numai legii și probelor administrate în cauză. Aprecierea probelor se face pe baza convingerii intime a arbitrului.*” Toate aceste argumente ce au condus la includerea arbitrilor din cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional în categoria funcționarilor publici au fost reluate și asumate de Înalta Curte în cuprinsul deciziei menționate, aceasta completând poziția inițială a instanței de fond, respectiv a Curții de Apel București-Secția Penală, considerând, ca argument suplimentar faptul că *membrii instanțelor de arbitraj sunt persoane care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație (există indemnizații pentru membrii Colegiului Curții de Arbitraj și asistenții arbitrali - art. 4-6), exercită atribuții stabilite în temeiul Legii nr. 335/2007, în scopul prorogativelor puterii judecătorești.* Curtea a concluzionat în acest sens de vreme ce activitatea de judecată arbitrală are loc în baza normelor procesual civile, judecata bucurându-se de principiile independenței și imparțialității, fiind supusă numai legii și probelor administrate, garanții specifice judecății desfășurate de instanțele judecătorești.

În concluzie, în ceea ce privește arbitrii din cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional, aceștia sunt considerați funcționari publici în temeiul art. 175 Cod Penal, fiind susceptibili a fi subiect activ calificat al unor infracțiuni pentru care îndeplinirea elementelor de tipicitate este necesară întrunirea condiției comiterii de către un funcționar public sau funcționar asimilat.

(ii) *Raportat la situația arbitrului ales de părți, în situația în care una dintre acestea este o persoană juridică dintre cele prevăzute la art. 175 alin (2) Cod Penal, subliniem că aceasta prezintă relevanță strict în raport de dispozițiile art. 308 Cod Penal ce prevăd dispozițiile art. 289-292, 295, 297-301 și 304 privitoare la funcționarii publici, care se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) ori în cadrul oricărei persoane juridice.* Practic, vorbim de ipoteza în care un arbitru ar putea fi considerat funcționar public asimilat. În mod evident, această teorie se poate aplica strict

prin raportare la art. 308 teza I Cod Penal, de vreme ce teza II-a presupune un raport de muncă sau de prestări servicii în cadrul unei persoane juridice, sintagma *în cadrul*, excluzând, din punctul nostru de vedere acordul de arbitraj, arbitrul acționând în afara regulilor de funcționare a persoanei juridice, atribuțiile acestuia nefiind contractate în beneficiul realizării scopului pentru care persoana juridică a fost constituită. Revenind la ipoteza stipulată în teza I, în situația în care una dintre părți este o persoană dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) coroborat cu faptul că relația dintre părți și arbitri este una de natură contractuală, considerăm că se naște posibilitatea ca un arbitru să fie subiect activ calificat al infracțiunilor prevăzute la art. 289-292, 295, 297-301 și 304 Cod Penal, acesta fiind în această situație un funcționar asimilat. În concret, aici intervine diferența constatată de Înalta Curte în raport de diferențierea arbitrilor din cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional ca făcând parte din categoria funcționarilor publici și arbitri ce nu intră în această categorie dar pot fi calificați ca fiind funcționar asimilat. Interpretând art. 175 alin (2) Cod Penal, ce stipulează faptul că *este considerat funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public*, deducem faptul că, în situația arbitrului ce apare pe lista de arbitri aprobată de Camera de Comerț și industrie a României, acesta prestează *in extenso*, un serviciu în favoarea acesteia în carul Curții de Arbitraj Comercial Internațional și conform regulilor acesteia. Teoria potrivit căreia arbitri în această situație sunt funcționari publici este întărită prin prisma atribuțiilor efective pe care aceștia le au și de caracterul jurisdicțional al arbitrajului.

(iii) *Cu privire la arbitri ce sunt liber aleși de părți, persoane fizice sau juridice ce nu au fost investite de autoritățile publice și nu sunt supuse controlului acestora*, practica judiciară și doctrina nu are, până la acest moment nicio poziție clară. Deși ICCJ s-a pronunțat în raport de arbitrajul instituțional, a omis să facă referire la arbitrajul ad-hoc. Cu toate acestea, problema lipsei calificării arbitrilor ca fiind sub incidența dispozițiilor art. 175 sau ale art. 308 Cod Penal poate crea o problemă în raport de aplicarea Legii 260/2004.

Conform art.1 punctul 1 din Legea nr. 260/2004 pentru ratificarea Protocolului adițional la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția, adoptat la Strasbourg la 15 mai 2003 **termenul arbitru trebuie înțeles prin referire la dreptul național al statului parte la prezentul protocol, dar în orice caz trebuie să includă o persoană care, având în vedere un acord de arbitraj, este chemată să ia o decizie care obligă din punct de vedere juridic cu privire la un litigiu care îi este prezentat chiar de către părțile acestui acord.** În completare articolele 2-3 din Legea nr. 260/2004, prevăd o obligație a statelor de a adopta măsuri legislative pentru a încadra ca fiind infracțiune corupția activă și corupția pasivă a arbitrilor. În mod clar, deja discutăm de existența unui subiect activ calificat, arbitrul în această calitate, comițând una din cele două fapte de natură penală descrise în cuprinsul articolelor 2-3 din Legea 260/2004, respectiv **fapta, săvârșită cu intenție, de a propune, de a oferi sau de a da, direct ori indirect, orice folos necuvenit unui arbitru care își exercită funcțiile în conformitate cu dreptul național cu privire la arbitraj al acestei părți,**

pentru el sau pentru altcineva, pentru ca acesta să îndeplinească sau să se abțină de la îndeplinirea unui act în exercițiul funcțiilor sale urmată de **fapta, săvârșită cu intenție, a unui arbitru care își exercită funcțiile în conformitate cu dreptul național cu privire la arbitraj al acestei părți, de a solicita sau de a primi, direct ori indirect, orice folos necuvenit** pentru el sau pentru altcineva ori de a accepta oferta sau promisiunea cu scopul de a îndeplini ori de a se abține să îndeplinească un act în exercitarea funcțiilor sale.

Prin analiza legislației penale, sesizăm că protocolul vorbește despre fapta de luare de mită respectiv cea de primire de dare de mită. În raport de obligația statului român de a incrimina faptele de corupție activă și pasivă, astfel cum sunt descrise, de către arbitri naționali, sesizăm două impedimente. Cu titlu prealabil, amintim faptul că, în noțiunea protocolului, arbitrul este orice persoană care este chemată să ia o decizie în baza unui acord de arbitraj. În completare conform art. 1 punctul 2 din Legea nr. 260/2004 *Termenul acord de arbitraj înseamnă un acord recunoscut de dreptul național și prin care părțile convin să supună un litigiu unui arbitru pentru a decide*. În concret, protocolul redă obligația statelor de a incrimina, conform legislației naționale faptele de corupție activă și pasivă comise de toți arbitri, ergo, în această categorie intră atât arbitrii din cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional cât și arbitri aleși de părți în cadrul arbitrajului ad-hoc. Revenind la impedimentele sesizate, ridicăm două probleme. Odată, în raport de corupția pasivă, aceasta este incriminată conform dispozițiilor art. 289 din Codul Penal, potrivit căruia: „*Fapta funcționarului public care, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, pretinde ori primește bani sau alte foloase care nu i se cuvin ori acceptă promisiunea unor astfel de foloase, în legătură cu îndeplinirea, neîndeplinirea ori întârzierea îndeplinirii unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau în legătură cu îndeplinirea unui act contrar acestor îndatoriri, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică sau de a exercita profesia sau activitatea în executarea căreia a săvârșit fapta.*(2) *Fapta prevăzută în alin. (1), săvârșită de una dintre persoanele prevăzute în art. 175 alin. (2), constituie infracțiune numai când este comisă în legătură cu neîndeplinirea, întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale legale sau în legătură cu efectuarea unui act contrar acestor îndatoriri*”. În raport de norma de incriminare vizată, deși protocolul prevede expres obligația de a incrimina fapta de luare de mită de o persoană ce în calitate sa de arbitru comite infracțiunea, în practică ne vom confrunta cu multiple probleme. Practic, până la acest moment, dacă făptuitorul comite infracțiunea în calitate sa de arbitru din cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional, fiind catalogat ca funcționar public este susceptibilă a fi subiect activ al infracțiunii. Dacă suntem în ipoteza a 2-a, în care vorbim de un arbitru care nu este sub corola Camerei de Comerț și Industrie a României, dar prestează servicii pentru o persoană fizică dintre cele prevăzute la art. 175 alin. 2) Cod Penal în cadrul arbitrajului ad-hoc, vor deveni incidente dispozițiile art. 289 alin. (2) Cod Penal, aceasta fiind funcționar asimilat și implicit, intervin și consecințele de ordin practic. Odată, dispozițiile art. 289 alin.1 Cod Penal nu sunt aplicabile devreme ce nu sunt întrunite condițiile de tipicitate, arbitrul în acest caz nefiind funcționar public. Pe de altă parte, alin. 2 al articolului menționat incriminează luarea de mită doar dacă fapta este comisă în legătură cu *neîndeplinirea sau întârzierea îndeplinirii unui act privitor la îndatoririle sale legale* spre deosebire la alin. (1) ce intervine și în

situația comiterii faptei pentru îndeplinirea atribuțiilor. În esență, în această situație, arbitrul nu va răspunde pentru sumele pretinse pentru îndeplinirea unui act deși, dacă revenim la art. 3 din Legea nr. 260/2004 aceasta prevede *expressis verbis* necesitatea sancționării faptei de corupție pasivă constând în a *solicita sau de a primi, direct ori indirect, orice folos necuvenit pentru el sau pentru altcineva ori de a accepta oferta sau promisiunea cu scopul de a îndeplini ori de a se abține să îndeplinească un act în exercitarea funcțiilor sale*. În mod clar, în ipoteza în care inculpatul este un arbitru ales de părți, iar una din părți este o persoană prevăzută de art. 175 alin 2 Cod Penal, aceasta nu va răspunde pentru fapta de a solicita foloase pentru îndeplinirea atribuțiilor. Un aspect minor dat de calitatea arbitrului face o diferență semnificativă pe tărâm penal și desigur, intră în contradicție flagrantă cu Legea nr. 260/2004.

Cu toate acestea, nu trebuie să oțimem ultima posibilitate, respectiv situația în care suntem în prezența unui arbitraj comun, *părțile convenind de comun acord să supună un litigiu unui arbitru persoană fizică pentru a decide cu privire la situația conflictuală*. În această situație arbitrul nu este nici funcționar public conform art. 175 C. pen. și nici funcționar asimilat conform art. 308 Cod Penal, astfel încât, acest arbitru nu poate comite infracțiunea de luare de mită, nefiind subiect activ calificat.

În concret, cu toate că Protocolul adițională la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția, adoptat la Strasbourg la 15 mai 2003 prevede obligația statelor de a incrimina fapta de corupție pasivă a arbitrului (indiferent dacă suntem în prezența unui arbitraj instituționalizat sau ad-hoc), observăm faptul că aceasta nu se aplică în realitatea juridică obiectivă națională.

Summa Summarum, deși în esență un arbitru va avea cu titlu general același set de drepturi și obligații esențiale, având ca scop soluționarea litigiului dedus arbitrajului, sub aspect tehnic penal, forța coercitivă a statului se va manifesta diferențiat, aplicând sancțiunea de natură penală diferențiat și intrând în contradicție cu Protocolul adițională la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția ratificat prin Legea nr. 260/2006. Dată fiind această premisă ne punem problema inclusiv a unei încălcări a principiului egalității persoanelor în fața legii și aplicarea proporțională a sancțiunilor penale.

In extenso, depășind problematica încadrării arbitrului ca fiind subiect activ calificat al unei infracțiuni și analizând dispozițiile părții speciale a Codului penal și a altor legi speciale, urmează să oferim, cu titlu exemplificativ o serie de infracțiuni susceptibile a fi comise de arbitru atât ca subiect activ calificat cât și ca urmare a statutului oferit de părți.

În ceea ce privește prima categorie, respectiv infracțiuni a căror elemente de tipicitate prevăd necesitatea existenței unui subiect activ calificat, subliniem faptul că arbitri sunt susceptibili de infracțiuni precum luare de mită, abuz în serviciu, neglijență în serviciu sau fals intelectual. Toate aceste infracțiuni presupun comiterea faptei de un funcționar public.

Raportat la cea de a doua categorie, amintim, cu titlu exemplificativ darea de mită, traficul de influență sau constituirea de grup infracțional organizat.

Un exemplu de comitere de a infracțiunii de trafic de influență este redat în Decizia 224/A/2015¹⁴ a Înaltei Curți de Casație și Justiție ce a dispus o soluție de condamnare la o

¹⁴ Disponibilă online la următoarea adresă electronică <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=127657>

pedeapsa de 5 ani cu executare. În drept, Înalta Curte a reținut fapta inculpatului V.M., constând în aceea că, în calitate de președinte al Camerei de Comerț și Industrie a României la data de 13 martie 2014 a pretins numitului P.G.I. suma de 1.000.000 euro, din care a primit 200.000 euro la data de 18 martie 2014, prin intermediul numitului O.A.I., în schimbul influenței pe care a lăsat să se creadă că o are asupra arbitrilor din cadrul Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, investiți cu soluționarea dosarului de arbitraj nr. 147/RIC/2013 în care denunțatorul are calitatea de pârât-reclamant, promițând că îi va determina pe aceștia să pronunțe o hotărâre arbitrală favorabilă denunțatorului, ca intrând sub incidența infracțiunii de trafic de influență, prev. de art. 291 alin. (1) C. pen. raportat la art. 6 și 7 lit. d) din Legea nr. 78/2000. Amintim faptul că traficul de influență, așa cum este reglementat în art. 291 C. pen., nu condiționează comiterea faptei de existența unui subiect activ calificat, după cum nici de existența unei influențe reale asupra funcționarului determinat să facă, să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu sau să îndeplinească un act contrar acestor îndatoriri.

5. Concluzii

Răspunderea arbitrilor pentru fapte ilicite săvârșite în exercitarea mandatului prezintă o plenurie de problematici în raport de mecanismul de răspundere pe care natura faptei ilicite îl atrage.

Astfel cum am observat, atragerea răspunderii disciplinare a arbitrului se poate realiza în condiții expres prevăzute de Regulile de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional respectiv de Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de Comerț și Industrie a României, operând în mod diferit în funcție de gravitatea obligațiilor încălcate, fiind posibilă exclusiv în cazul arbitrilor afiliați unei instituții de arbitraj.

În schimb, partea prejudiciată ca urmare a îndeplinirii defectuoase sau a neîndeplinirii atribuțiilor de către arbitru poate urmări răspunderea contractuală a acestuia, solicitând daune materiale sau morale pentru prejudiciile cauzate, indiferent de natura arbitrajului. Temeiul legal va fi diferit de la caz la caz. Astfel, vor fi incidente normele procesual civile, respectiv dispozițiile art. 565 C. proc. civ. (atunci când setul de reguli stabilite pentru desfășurarea procedurii arbitrale au fost normele procesual civile și ne aflăm într-una din situațiile expuse în cuprinsul articolului menționat) coroborat cu dispozițiile art.1350 Cod Civil privind răspunderea contractuală. De asemenea, în ipoteza în care părțile au consimțit ca arbitrajul să se deruleze conform regulilor de procedura de arbitraj ale CAICCIR, fundamentul legal va fi art. 53 din Reguli, completat de reglementările privind răspunderea contractuală. În final, normele privind angajarea răspunderii arbitrului ca urmare a încălcării unei obligații contractuale ce nu se regăsește în cuprinsul dispozițiilor Codului de procedură civilă sau a regulilor, poate fi demarată strict pe temeiul dispozițiilor art.1350 Cod Civil în măsura în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de normele dreptului comun.

Finalmente, în ipoteza în care nu suntem în prezența unui acord de arbitraj deja realizat însă există o promisiune de a contracta, refuzul arbitrului de a încheia acordul și

implicit, de a desfășura ședințele respectiv de a pronunța o hotărâre arbitrală, poate fi fructificat prin intentarea unei acțiuni în temeiul art.1279 Cod Civil.

În ce privește răspunderea penală a arbitrilor, deși nu suficient dezbătută nu este nici pe departe un subiect tabu, inabordabil ci din contră. Este o realitate juridică. Cu toate acestea, dată fiind ușoara lipsă de interes din partea legiuitorului de a pune în aplicare Protocolul adițional la Convenția penală a Consiliului Europei privind corupția, adoptat la Strasbourg la 15 mai 2003, în practică vor surveni inevitabil o serie de controverse ce pot fi soluționate strict prin intervenția clară a legiuitorului sau a instanțelor de judecată prin crearea unei practici unitare.

Curtea Constituțională vs. Înalta Curte de Casație și Justiție

Constitutional Court vs. High Court of Cassation and Justice

Drd. **Alexandra CHIȘ***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The Constitutional Court established (Court Decision no. 369/2017) that the "phrase" and other applications monetised value of up to 1,000,000 lei including 'in art.XVIII par. (2) of Law No.2 / 2013 on some measures to relieve the courts, and to prepare the implementation of Law no. 134/2010 on the Code of Civil Procedure is unconstitutional".

By pronouncing the Decision no. 369/2017, the Constitutional Court established that "are subject to appeal all decisions issued after publication of this Decision in the Official Gazette of Romania, applications valued in money, except those exempted by material criteria, stipulated in theses covered by Article XVIII par. (2) of Law No 2/2013".

In connection with the Decision No. 369/2017 of the Constitutional Court, the High Court of Cassation and Justice held that "the interpretation and application of art. 27 of the Code of Civil Procedure, with reference to art. 147 par. (4) of the Constitution, the Constitutional Court Decision no effects 369 of May 30, 2017 occurs on judgments after its publication in the Official Gazette, in disputes valued in cash up to 1,000,000 lei including, started after publication of the decision (July 20, 2017) ", pronouncing Decision no. 52/2018.

Subsequently, the Constitutional Court established by Decision No. 454/2018 that the High Court of Cassation and Justice has no jurisdiction in constitutional decisions of unconstitutionality.

We consider that the reasons shown by the Constitutional Court Decision no. 454/2018 is based, decisions rendered in constitutional matters being universally binding and enforceable against all since their publication in the Official Gazette. Moreover, the competence interpreting the Constitution rests solely with the Constitutional Court, a task involving delivery of unconstitutionality decisions and determine the application of the effects they produce.

* chis.alexandra.p@gmail.com

Key words: *Constitutional Court Decision no. 369/2017; Decision of the High Court of Cassation and Justice no. 52/2018; effects of Constitutional Court decisions; jurisdiction of High Court of Cassation and Justice.*

Rezumat

Curtea Constituțională a stabilit cu putere general obligatorie că „sintagma „precum și în alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 1.000.000 lei inclusiv” cuprinsă în art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă este neconstituțională”, sens în care a pronunțat Decizia nr. 369/2017¹.

Prin pronunțarea aceleiași decizii, Curtea Constituțională a stabilit și că „sunt supuse recursului toate hotărârile pronunțate, după publicarea prezentei decizii în Monitorul Oficial al României, în cererile evaluabile în bani, mai puțin cele exceptate după criteriul materiei, prevăzute expres în tezele cuprinse de art. XVIII alin. (2) din Legea nr.2/2013”.

În legătură cu aplicarea în timp a Deciziei nr. 369/2017 pronunțată de Curtea Constituțională, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 27 din Codul de procedură civilă, cu referire la art. 147

alin. (4) din Constituția României, efectele Deciziei Curții Constituționale nr. 369 din 30 mai 2017 se produc cu privire la hotărârile judecătorești pronunțate după publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, în litigiile evaluabile în bani de până la 1.000.000 lei inclusiv, pornite ulterior publicării deciziei (20 iulie 2017)”, pronunțând în acest sens Decizia nr. 52/2018².

Ulterior, Curtea Constituțională, fiind sesizată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite cu obiecția de neconstituționalitate privind art. I pct. 37 [cu referire la art. 402 din Codul de procedură civilă] și pct. 58 [cu referire la art. 497 din Codul de procedură civilă] și art. III pct. 3 [cu referire la art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013] și pct. 4 [cu referire la art. VIII din Legea nr. 2/2013] din Legea pentru modificarea și completarea Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative, a stabilit prin Decizia nr. 454/2018³ că Înalta Curte de Casație și Justiție nu are competență în materie constituțională, deciziile de neconstituționalitate pronunțate fiind obligatorii tuturor subiecților de drept, precum și autorităților sau organelor statului.

Apreciem că cele arătate de Curtea Constituțională în considerentele Deciziei nr. 454/2018 sunt întemeiate, deciziile pronunțate în materie constituțională fiind general obligatorii și opozabile tuturor, de la data publicării acestora în Monitorul

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, data de 20 iulie 2017.

² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, data de 17 iulie 2018.

³ Publicată în Monitorul Oficial al României Partea I, data de 01 octombrie 2018.

Oficial al României. Mai mult decât atât, competența în interpretarea Constituției revine exclusiv Curții Constituționale, atribuție care implică pronunțarea deciziilor de neconstituționalitate, precum și stabilirea aplicării în timp a efectelor produse de acestea.

Cuvinte-cheie: *Decizia Curții Constituționale nr. 369/2017; Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 52/2018; efectele deciziilor Curții Constituționale; competența Înaltei Curți de Casație și Justiție.*

1. Preliminarii

Tema aleasă prezintă interes în actualul context legislativ în ceea ce privește posibilitatea exercitării recursului împotriva hotărârilor pronunțate după data publicării în Monitorul Oficial al României a Deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017, dar mai ales cu privire la efectele Deciziei nr. 52/2018 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție cu privire la aplicarea în timp a efectelor produse de Decizia Curții Constituționale nr. 369/2017.

În continuare, vom analiza deciziile menționate.

2. Decizia Curții Constituționale nr. 369/2017

Prin Decizia nr. 369/2017 Curtea Constituțională a constatat că sintagma „precum și în alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 1.000.000 lei inclusiv” cuprinsă în art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă este neconstituțională.

Potrivit art. XVIII din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă⁴, „dispozițiile art. 483 alin. (2) din Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, se aplică proceselor pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016. În procesele pornite începând cu data intrării în vigoare a prezentei legi și până la data de 31 decembrie 2015 nu sunt supuse recursului hotărârile pronunțate în cererile prevăzute de art. 94 pct. 1 lit. a)-j) din Legea nr. 134/2010, în cele privind navigația civilă și activitatea în porturi, conflictele de muncă și asigurări sociale, în materie de expropriere, în cererile evaluabile în bani în valoare de până la 1.000.000 lei inclusiv și cu privire la hotărârile date de instanța de apel în cazurile în care legea prevede că hotărârile de primă instanță sunt supuse numai apelului”.

Termenul instituit prin dispozițiile art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2003 a fost prorogată până la data de 31 decembrie 2016⁵, apoi până la data de 31 decembrie 2018⁶, iar în

⁴ Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 89 din 12 februarie 2013.

⁵ Alin. (2) al art. unic din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 62 din 23 decembrie 2015, publicat în

prezent este prorogat până la data de 1 ianuarie 2019⁷.

S-a formulat excepție de neconstituționalitate cu privire la valoarea de 1.000.000 lei a obiectului cererii de recurs prin care s-a susținut că prevederile normative menționate creează discriminare între cetățeni întrucât pragul valoric nu este determinat pe baza unor criterii obiective, ci că acesta este stabilit în baza hazardului.

Autorii excepției de neconstituționalitate au considerat că dispozițiile legale criticate sunt contrare prevederilor art. 16 din Constituție privind egalitatea în drepturi și că aduc atingere accesului liber la justiție reglementat de art. 21 din Constituție. Totodată s-a arătat că se încalcă dreptul la un proces echitabil prevăzut de art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, precum și art. 14 CEDO privind interzicerea discriminării.

S-a mai susținut că justiția este afectată de astfel de tehnici legislative întrucât justiția trebuie să fie unică, imparțială și egală, însă prin instituirea condițiilor de exercitare ale unei căi de atac bazate în mod exclusiv pe elemente temporale, respectiv epoca în care este formulată, se creează o diferență de tratament inechitabilă și nejustificată.

Cu privire la critica de neconstituționalitate a dispozițiilor ce fac obiectul excepției, Curtea Constituțională a arătat că „*situația diferită în care se află cetățenii în funcție de reglementarea aplicabilă potrivit principiului tempus regit actum nu poate fi privită ca o încălcare a dispozițiilor constituționale și că reglementările juridice succesive pot prezenta în mod firesc diferențe determinate de condițiile obiective în care ele au fost adoptate, fără ca aceste diferențe să aibă semnificația unei discriminări*”.

În continuare, Curtea a arătat că accesul liber la justiție este garantat cetățenilor atât timp cât dreptul acestora de a sesiza instanța nu este atins în substanța sa.

Statul are libertatea de a impune limite exercitării unor acțiuni, acesta nu este ținut să garanteze parcurgerea tuturor gradelor de jurisdicție.

Curtea a constatat că dispozițiile legale care limitează exercitarea recursului după criteriul valoric al obiectului cererii transformă recursul dintr-o cale de atac extraordinară de atac în una excepțională. Aceasta a recunoscut dreptul legiuitorului de a institui criterii de admisibilitate și limite în exercitarea căilor de atac, însă acestea trebuie să fie întemeiate pe elemente obiective.

Criteriul folosit de legiuitor pentru accesul la calea de atac a recursului - pragul valoric de peste 1.000.000 lei – conduce la clasificarea cererilor adresate instanțelor judecătorești în importante, ca valoare a obiectului, și mai puțin importante, ceea ce reprezintă o clasificare artificială și nejustificată, întrucât dificultatea unei probleme de drept nu poate fi evaluată în funcție de valoarea litigiului, ci aceasta se determină în funcție de natura cauzei.

Odată cu publicarea deciziei în Monitorul Oficial, pragul valoric a fost eliminat, astfel, în prezent, se poate promova recurs indiferent de valoarea obiectului cererii, în măsura în care calea de atac a recursului este deschisă împotriva hotărârii judecătorești în cauză.

Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 964 din 24 Decembrie 2015.

⁶ Alin. (2) al art. I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 95 din 8 decembrie 2016, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1.009 Din 15 Decembrie 2016.

⁷ Articolul unic alin.(1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 95/2016, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652 din 28 august 2015.

Considerăm justă decizia Curții Constituționale deoarece, pe de o parte, caracterul extraordinar al recursului nu justifică transformarea sa într-o cale de atac de excepție. Pe de altă parte, legiuitorul are libertatea de a impune limite și de a stabili condiții în ceea ce privește exercitarea căilor de atac, dar condițiile impuse nu trebuie să conducă la golirea de conținut a reglementării.

Considerentele Deciziei CCR nr. 369/2017 se referă atât la valoarea de 1.000.000 lei, aspect vizat în mod direct de excepția de neconstituționalitate, cât și la valoarea de 500.000 lei, reglementată prin dispozițiile Codului de procedură civilă. Dispozițiile cuprinse în Codul de procedură civilă nu sunt în vigoare, însă Curtea a sugerat modificarea acestora pentru identitate de rațiune.

Referitor la dispozițiile Codului de procedură civilă, Curtea a considerat că „*legiuitorul trebuie să le pună de acord cu prezenta decizie, întrucât, așa cum a statuat Curtea în mod constant, începând cu Decizia Plenului nr. 1/1995 privind obligativitatea deciziilor sale pronunțate în cadrul controlului de constituționalitate, puterea de lucru judecat ce însoțește actele jurisdicționale, deci și deciziile Curții Constituționale, se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină acesta. Așadar, considerentele prezentei decizii pe care se sprijină soluția de admitere sunt general obligatorii, astfel încât legiuitorul trebuie să le aplice și cu privire la dispozițiile art. 483 alin (2) din Codul de procedură civilă, dispoziții care, asemenea celor constatate ca fiind neconstituționale prin prezenta decizie, reglementează un prag valoric al cererilor evaluabile în bani pentru ca hotărârea judecătorească să poată fi supusă recursului*”.

3. Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 52/2018 pentru dezlegarea unei chestiuni de drept

Cu privire la aplicarea în timp a Deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017, Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat Decizia nr. 52/2018 pentru dezlegarea unei chestiuni de drept prin care s-a statuat că în *interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 27 din Codul de procedură civilă, cu referire la art. 147 alin. (4) din Constituția României, efectele Deciziei Curții Constituționale nr. 369 din 30 mai 2017 se produc cu privire la hotărârile judecătorești pronunțate după publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, în litigiile evaluabile în bani de până la 1.000.000 lei inclusiv, pornite ulterior publicării deciziei (20 iulie 2017).*

Sesizarea a fost formulată de Curtea de Apel București - Secția a IV-a civilă, care, prin încheierea de ședință din data de 21 martie 2018, în Dosarul nr. 41.380/299/2016, solicitându-se pronunțarea unei hotărâri prealabile cu privire la următoarea chestiune de drept: „*Dispozițiile art. 147 alin. (4) din Constituția României și ale art. 27 din Codul de procedură civilă se interpretează în sensul că hotărârile pronunțate în apel ulterior publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 582 din 20 iulie 2017, a Deciziei Curții Constituționale nr. 369 din 30 mai 2017, dar în cauze a căror valoare nu depășește suma de 1.000.000 lei și care au fost înregistrate pe rolul instanțelor anterior datei publicării deciziei menționate sunt definitive, potrivit art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013 privind*

unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, cu modificările ulterioare (Legea nr. 2/2013), ori, dimpotrivă, sunt supuse recursului?".

Curtea de Apel București a arătat că în cadrul instanței există două orientări privind problema de drept semnalată.

Prima orientare a susținut că dispozițiile de aplicare a legii procesual civile în timp urmăresc aplicarea unitară a legii pe parcursul întregii acțiuni civile, de la debut, până la finalizarea acesteia prin pronunțarea unei soluții definitive, motiv pentru care, pentru identitate de rațiune, efectele Deciziei Curții Constituționale trebuie să se aplice în acest mod.

Susținătorii acestei opinii au arătat că aplicarea în sens contrar aduce atingere echilibrului procesual și dreptului la un proces echitabil în sensul art. 6 CEDO, invocând în sprijinul opiniei lor și dispozițiile cuprinse în art. 147 alin. (4) din Constituție.

S-a mai arătat că Înalta Curte de Casație și Justiție și instanțele judecătorești sunt cele care au competența de a stabili efectele în timp ale deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională ale căror considerente au rol orientativ, nu obligatoriu, cu excepția considerentelor care susțin soluția pronunțată și că modalitatea în care Curtea Constituțională apreciază cu privire la aplicarea concretă a deciziilor pronunțate de aceasta nu leagă instanțele judecătorești.

Opinia contrară a susținut că, deși efectele deciziilor pronunțate de către Curtea Constituțională se produc numai pentru viitor, acestea se bucură de aplicabilitate imediată, motiv pentru care este fără relevanță data declanșării procesului civil.

Susținătorii acestei orientări au arătat că în cazul în care s-ar accepta că efectele Deciziei Curții Constituționale se produc numai față de procesele începute după publicarea Deciziei, s-ar ajunge în situația în care efectele acesteia nu s-ar putea aplica tocmai în procesul în cadrul căruia a fost ridicată excepția de neconstituționalitate.

Cu privire la obligativitatea și producerea pentru viitor a efectelor deciziilor Curții Constituționale, Înalta Curte a precizat că, în mod incontestabil, deciziile Curții Constituționale au putere obligatorie generală începând de la data publicării lor. Această regulă are ca izvor faptul că până la această dată norma ce face obiectul excepției de neconstituționalitate se bucură de prezumția de constituționalitate, precum și faptul că, după această dată, norma în discuție nu mai poate genera efecte juridice, aceasta fiind în contradicție cu ordinea juridică. Totodată, în această modalitate se protejează și principiul neretroactivității legii.

Considerentele Deciziei nr. 52/2018 susțin că producerea efectelor pentru viitor ale deciziilor de neconstituționalitate nu trebuie aplicată și înțeleasă ca fiind întotdeauna orice efecte viitoare, ci trebuie distins în funcție de fiecare situație în parte. În cazul normei de procedură, aplicarea în timp a acesteia depinde de momentul declanșării procesului, motiv pentru care atât procedura de judecată, cât și căile de atac deschise, motivele și termenele de exercitare ale acestora sunt supuse legii în vigoare la momentul declanșării procesului civil.

Cu privire la legea aplicabilă proceselor în curs și regimul căilor de atac al hotărârilor

judecătorești, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că legea nouă se aplică, potrivit legii procesuale, numai proceselor și executărilor silite începute după intrarea în vigoare a legii noi și că procesele în curs de judecată începute sub imperiul legii vechi, rămân supuse acesteia.

S-a argumentat că supraviețuirea legii vechi este justificată de nevoia de previzibilitate a procedurii de urmat, soluția contrară fiind de natură producă efecte negative asupra echității procedurii și asupra echilibrului procesual (egalității de arme). Totodată, regimul căilor de atac, inclusiv instituirea sau suprimarea acestora, este supus legii în vigoare la momentul declanșării procesului civil, în caz contrar principiul neretroactivității legii (principiu constituțional) ar fi înfrânt.

„Astfel fiind, reperele juridice ale dezlegării acestei probleme de drept conduc neîndoielnic și neechivoc la concluzia unei aplicări pentru viitor doar în privința litigiilor ce se vor declanșa ulterior publicării acestei decizii în Monitorul Oficial al României (20 iulie 2017), pentru că altminteri, s-ar atașa consecințe juridice neprevăzute de legea în vigoare actului de sesizare a instanței, în funcție de care se determină căile de atac cărora le este supusă o hotărâre judecătorească (art. 27 din Codul de procedură civilă)”.

În continuare, Înalta Curte de Casație și Justiție a analizat obligativitatea considerentelor deciziilor pronunțate de către Curtea Constituțională, sens în care a arătat că nu orice considerente ale acestor hotărâri se bucură de caracterul general obligatoriu, ci doar acele considerente care sprijină dispozitivul hotărârii. Mai mult decât atât, s-a susținut că se produce o depășire a competenței Curții Constituționale atunci când aceasta indică în cuprinsul deciziilor sale modalitatea concretă de aplicare a acestora, Curtea Constituțională având competență limitată la verificarea compatibilității unui text legislativ cu dispozițiile Constituției, motiv pentru care considerentele Deciziei CCR nr. 369/2017 care indică modalitatea de aplicare în timp a acesteia nu fac parte din considerentele care sprijină dispozitivul hotărârii și, deci, nu se bucură de caracter obligatoriu.

Având în vedere cele expuse, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat în sensul în care în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 27 din Codul de procedură civilă, cu referire la art. 147 alin. (4) din Constituția României, efectele Deciziei Curții Constituționale nr. 369 din 30 mai 2017 se produc cu privire la hotărârile judecătorești pronunțate după publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, în litigiile evaluabile în bani de până la 1.000.000 lei inclusiv, pornite ulterior publicării deciziei (20 iulie 2017).

Apreciem că Înalta Curte de Casație și Justiție și-a depășit competențele atribuite de lege⁸ prin stabilirea efectelor unei decizii pronunțate de către Curtea Constituțională. Efectele unei asemenea decizii sunt stabilite de art. 146 alin. (4) din Constituție, potrivit căruia deciziile Curții Constituționale au putere general obligatorie numai pentru viitor, de la data publicării acestora în Monitorul Oficial al României.

Competența Curții Constituționale este reglementată de dispozițiile art. 146 din Constituție, precum și de Legea nr. 47/1992, potrivit căroră Curtea Constituțională este competentă în ceea ce privește verificarea compatibilității normelor primare, respectiv legi

⁸Art. 21 – art. 27 Legea nr. 304/2004 Republicată, modificată prin Legea nr. 207/2018, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 636 din data de 20 iulie 2018.

sau ordonanțe de urgență ale Guvernului, cu legea fundamentală.

Aplicarea în timp a deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională în exercitarea atribuției de verificare a compatibilității normelor cu dispozițiile constituționale este un atribut al acesteia deoarece Curtea Constituțională este unica autoritate de jurisdicție constituțională în România, astfel cum prevede art. 1 alin. (2) din Legea nr. 47/1992⁹. Aceasta este singura autoritate care are competențe de interpretare a legii fundamentale, motiv pentru care interpretarea sintagmei „numai pentru viitor” poate fi stabilită numai de către Curtea Constituțională.

În consecință, Înalta Curte de Casație și Justiție a depășit atribuțiile puterii judecătorești prin pronunțarea Deciziei nr. 52/2018 pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, prin care a stabilit cu putere obligatorie că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 27 din Codul de procedură civilă, cu referire la art. 147 alin. (4) din Constituția României, efectele Deciziei Curții Constituționale nr. 369 din 30 mai 2017 se produc cu privire la hotărârile judecătorești pronunțate după publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, în litigiile evaluabile în bani de până la 1.000.000 lei inclusiv, pornite ulterior publicării deciziei”.

4. Decizia Curții Constituționale nr. 454/2018

Obiecția de neconstituționalitate a vizat analiza dispozițiilor art. I pct. 37 [cu referire la art. 402 din Codul de procedură civilă] și pct. 58 [cu referire la art. 497 din Codul de procedură civilă] și art. III pct. 3 [cu referire la art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013] și pct. 4 [cu referire la art. XVIII1 din Legea nr. 2/2013] din Legea pentru modificarea și completarea Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative, fiind formulată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite.

În motivarea hotărârii, Curtea Constituțională a atins problema aplicării Deciziei nr. 52/2018 de Înalta Curte de Casație și Justiție.

Cu privire la art. III pct. 3 [cu referire la art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013], Curtea Constituțională a statuat că din modul de redactare a dispozițiilor reiese că sunt supuse recursului hotărârile pronunțate atât anterior, cât și ulterior intrării în vigoare a legii supuse controlului de constituționalitate, atât în procesele începute anterior, cât și ulterior intrării în vigoare a acesteia, situație în conflict cu dispozițiile legii fundamentale deoarece se permite promovarea recursului în cauze finalizare anterior pronunțării Deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017.

Potrivit Deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017, sunt supuse recursului hotărârile pronunțate după data publicării deciziei, însă, potrivit textului normativ ce face obiectul analizei privind neconstituționalitatea acestuia, sunt susceptibile de recurs și hotărârile pronunțate înainte de această dată. Această modalitate de reglementare contravine

⁹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 643 din 16 iulie 2004, modificată prin Legea-cadru nr.330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.762 din 9 noiembrie 2009.

Constituției, conferind caracter retroactiv unei căi de atac care, anterior publicării Deciziei, a fost suprimată de lege.

Curtea constituțională a constatat că, prin Decizia nr. 52 din 18 iunie 2018, Înalta Curte de Casație și Justiție a condiționat aplicarea Deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017 de pornirea acțiunii civile după publicarea Deciziei.

S-a mai arătat în considerentele Deciziei Curții Constituționale nr. 454/2018 că dispozițiile art. 147 alin. (4) din Constituție au caracter sancționator, motiv pentru care sunt de imediată aplicare cu privire normele procedurale și că dispozițiile în discuție se aplică situațiilor în curs de desfășurare și celor viitoare. Drept urmare, incidența art. 147 alin. (4) din Constituție nu poate fi condiționată de momentul în care acțiunea civilă este pornită. De asemenea, Curtea a arătat că aceasta este cea care se pronunță cu privire la efectele de ordin constituțional ale deciziilor pronunțate.

„Având în vedere dimensiunea constituțională a demersului instanței constituționale, rezultă că instanțele judecătorești nu pot înlătura efectele deciziei Curții Constituționale expres indicate în corpul acesteia, pentru că ar încălca sfera exclusivă de competență a Curții Constituționale, revenindu-le în schimb obligația de a le aplica în mod corespunzător în cauzele cu care sunt investite.” (Decizia Curții Constituționale nr. 454/2018, par. 61, teza finală).

Curtea a arătat că Înalta Curte de Casație și Justiție nu are competență în materie constituțională și nu se poate pronunța cu privire la efectele unei decizii ale Curții Constituționale. Cu atât mai mult, Înalta Curte de Casație și Justiție nu poate pronunța decizii obligatorii contrare deciziilor Curții Constituționale.

Considerăm că Înalta Curte de Casație și Justiție nu are competența să interpreteze deciziile pronunțate de Curtea Constituțională.

Dispozițiile art. 519 C. pr. civ. prevăd că dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective, este nouă și asupra acesteia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată.

Este adevărat că norma de drept folosește o exprimare generică, aceea de *chestiune de drept*, dar este necesar ca respectiva chestiune de drept să poată fi subsumată competenței Înaltei Curți.

Potrivit art. 146 lit. d) din Constituție, Curtea Constituțională are ca atribuție, printre altele, soluționarea excepțiilor de neconstituționalitate. Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României, iar de la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor¹⁰.

Drept urmare, numai Curtea Constituțională este competentă să se pronunțe cu privire la compatibilitatea normelor cu dispozițiile legii fundamentale. Mai mult decât atât, Curtea Constituțională este singura în măsură să se pronunțe cu privire la efectele pe care le produc deciziile pronunțate de către aceasta deoarece dispozițiile legale în materie nu

¹⁰ Art. 147 alin. (4) din Constituție.

reglementează acest aspect decât cu caracter general.

Potrivit art. 147 alin. (4) din Constituție și art. 31 alin. (1) din Legea nr. 47/1992, decizia prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau ordonanțe ori a unei dispoziții dintr-o lege sau dintr-o ordonanță în vigoare este definitivă și obligatorie.

Caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională se produce *erga omnes*, ceea ce înseamnă că și instanțele judecătorești sunt ținute de acestea. Cum Înalta Curte de Casație și Justiție este o instanță judecătorească¹¹, deciziile Curții Constituționale se impun cu putere obligatorie inclusiv acesteia.

Interpretarea unei decizii pronunțate de Curtea Constituțională prin care aceasta dispune cu privire la aplicarea în timp a deciziei constituie o ingerință în atribuțiile Curții Constituționale.

Considerăm că, independent de soluția pronunțată Curtea Constituțională, nici o altă autoritate a statului nu are competență să dispună peste ceea ce s-a statuat de către aceasta. De asemenea, efectul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale se opune tuturor, indiferent de opinia altor autorități ori a particularilor în legătură cu soluția pronunțată de Curtea Constituțională.

Nu suntem de acord cu soluția Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru următoarele motive:

Atât deciziile Curții Constituționale, cât și deciziile Înaltei Curți pronunțate în vederea dezlegării unor chestiuni de drept produc efecte obligatorii în ordinea juridică. Prin decizia pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție s-a produs o situație de blocaj.

Pe de o parte, instanțele sunt obligate să țină cont de ambele hotărâri, care, în mod evident sunt incompatibile, nerespectarea oricăreia dintre acestea constituind abatere disciplinară a judecătorilor, iar pe de altă parte, drepturile justițiabililor sunt lipsite de garanția previzibilității normelor.

Cu alte cuvinte, dacă o parte dintr-un proces în care s-a pronunțat o hotărâre în apel la momentul publicării celor două decizii dorește să promoveze calea de atac a recursului, întemeindu-se pe decizia Curții Constituționale, nu poate prevedea în mod legitim dacă instanța căreia i se adresează va aplica această decizie sau va da prevalență deciziei Înaltei Curți.

Asemenea drepturilor subiective, drepturile procesuale ar trebui să se bucure de garanția previzibilității, garanție inexistentă în actualul context legislativ întrucât cele două decizii sunt în egală măsură obligatorii și conțin dispoziții contradictorii.

5. Concluzii

Prin pronunțarea Deciziei nr. 52/2018 de către Înalta Curte de Casație și Justiție s-a creat un blocaj care afectează întreg sistemul judiciar. Mai mult decât atât, sunt afectate drepturile cetățenilor deoarece aceștia se găsesc într-o situație incertă referitor la căile de atac deschise în prezent împotriva hotărârilor pronunțate în apel.

¹¹ Art. 1 alin. (1) din Legea nr. 304/2004; art. 2 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 304/2004.

Aceste efecte negative se mențin chiar și după pronunțarea Deciziei nr. 454/2018 de către Curtea Constituțională, deoarece obiecția de neconstituționalitate vizează dispoziții cuprinse în Legea de modificare și completare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, iar nu dispozițiile art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013.

Înlăturarea efectelor Deciziei nr. 52/2018 pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție poate avea loc prin invocarea unei excepții de neconstituționalitate având ca obiect dispozițiile art. 27 din Codul de procedură civilă cu referire la art. 147 alin. (4) din Constituție, prin care se solicită Curții Constituționale să stabilească dacă art. 27 C. pr. civ. este neconstituțional în măsura în care se interpretează în sensul că noțiunea de „*lege sub care a început procesul*” include decizii de neconstituționalitate pronunțate cu privire la normele aplicabile în speță înainte de declanșarea procesului civil, având consecința aplicării deciziilor de neconstituționalitate doar în litigiile începute după publicarea deciziilor în Monitorul Oficial.

În cazul în care o astfel de excepție de neconstituționalitate ar fi admisă de către Curtea Constituțională, interpretarea stabilită de către Înalta Curte de Casație și Justiție ar deveni inaplicabilă întrucât ar fi stabilit cu putere general obligatorie, prin pronunțarea deciziei Curții Constituționale, că o asemenea interpretare a art. 27 C. pr. civ. contravine normei fundamentale.

În concluzie, Înalta Curte de Casație și Justiție și-a depășit în mod nejustificat competența atribuită de lege prin pronunțarea Deciziei nr. 52/2018 și a produs un blocaj al sistemului judiciar deoarece atât deciziile Curții Constituționale produc efecte general obligatorii, cât și deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție pronunțate în vederea dezlegării unor chestiuni de drept.

Ipoteze speciale ce devin normalitate prin repetabilitatea lor în cadrul procedurii divorțului pe cale notarială

Special hypotheses becoming normality through their repeatability in the notarial divorce proceedings

Notar public **Oana-Elena BUZINCU***

Abstract

This study brings to the attention of legal readers and not only special situations, which sometimes you are tempted to think they become normality in the day-to-day activity of the notary public, due to their repeatability. Attention will be paid to the hypotheses found in the area of family law, more precisely in the notarial divorce proceedings by consent of the two spouses, i.e. the divorce remedy. As essential means for analysing the institution subject of this study, the provisions of the Civil Code, the Law no. 36/1995 on Notaries Public and Notarial Activity, republished, as well as other provisions applicable to the notarial activity have been taken into account.

Aspects starting with the filing of the divorce petition by an attorney, the impossibility of signing it by illiterate spouses, the worth of the opposing opinion of an underage child regarding the conclusions of the social inquiry report, the enforceability of the parenting agreement in the divorce proceedings, the situation of the child conceived but not yet born on the date of settlement of the divorce petition, cases of postponement of the reflection period granted to the spouses, as well as the grounds for rejection of the divorce petition, are just some of the topics detailed in this paper.

Key words: *Divorce in the light of the Law no. 36/1995 on Notaries Public and Notarial Activity, republished; hearing of the underage child; mandate given for filing the divorce petition; child conceived but not yet born; parenting agreement; enforceable title; notary public; social inquiry report; postponement as a temporary solution in the divorce proceedings; approval of the divorce petition; rejection of the divorce petition.*

Rezumat

* oanabuzincu@yahoo.com

Prezentul studiu aduce în atenția cititorilor juriști și nu numai, situații speciale, dar care uneori ești tentat să crezi că devin normalitate, în activitatea de zi cu zi a notarului public, prin repetabilitatea lor. Atenția se va îndrepta de această dată spre ipoteze regăsite în aria dreptului familiei, mai precis în procedura divorțului pe cale notarială prin acordul celor doi soți, adică a divorțului remediu. Ca mijloace esențiale, în analiza instituției ce face obiectul prezentului studiu s-au avut în vedere dispozițiile Codului civil, a Legii notarilor publici și a activității notariale nr.36/1995, republicată, precum și alte prevederi cu aplicabilitate în activitatea notarială.

Aspecte începând cu depunerea cererii de divorț prin mandat, imposibilitatea semnării acesteia de către soții neștiutori de carte, valoarea opiniei contrare a minorului raportată la concluziile raportului de anchetă socială, caracterul de titlu executoriu al acordului parental în procedura divorțului, situația copilului conceput dar nenăscut încă la data soluționării cererii de divorț, cazuri de amânare a termenului de reflecție acordat soților, cât și temeuriile încheierii de respingere a unei astfel de proceduri, sunt doar câteva dintre temele detaliate în cuprinsul prezentului articol.

Cuvinte-cheie: divorțul în reglementarea Legii notarilor publici și a activității notariale nr.36/1995, republicată; ascultarea minorului; mandatul dat pentru depunerea cererii de divorț; copilul conceput și nenăscut; acordul parental; titlu executoriu; notar public; raport de anchetă socială; amânarea ca soluție temporară în procedura divorțului; admiterea cererii de divorț; respingerea cererii de divorț.

I. Aspecte introductive și istoricul reglementării divorțului în fața notarului public

La împlinirea a șapte ani de Cod civil nou în România, din perspectiva practicienilor în domeniul dreptului civil ne aflăm încă la stadiul de învățăței ai unora dintre instituțiile pe care tocmai actul normativ precizat le reglementează. Afirmarea de mai sus se mulează aproape perfect și asupra a ceea ce înseamnă instituția divorțului prin acordul părților, cu toate accesoriile acesteia. Așadar, chiar dacă legislația prezentă din România ne oferă o reglementare detaliată a ceea ce înseamnă desfacerea căsătoriei prin acordul soților în cele trei modalități deja consacrate (judiciară, notarială și administrativă), rămân situații din activitatea practică încă lipsite de norme din punct de vedere teoretic, pe care oricât de mult și-ar dori un teoretician să le poată anticipa, se află într-o imposibilitate vădită.

Astfel, studiul de față își propune să aducă în atenția cititorilor săi aspecte întâlnite de practicieni ai dreptului civil prin raportare la ceea ce înseamnă divorțul prin acordul soților, privit dintr-o perspectivă notarială.

Desfacerea căsătoriei prin acordul celor doi soți a fost pentru întâia dată reglementată în cuprinsul dispozițiilor Legii nr.59/1993 pentru modificarea Codului de procedură civilă, a Codului familiei, a Legii contenciosului administrativ nr.29/1990 și a Legii nr.94/1992 privind

organizarea și funcționarea Curții de Conturi¹, însă viza numai divorțul pe cale judiciară, nu și notarială sau chiar administrativă. Indiferent de modalitatea în care atât în trecut cât și sub actuala reglementare a fost posibilă desfacerea căsătoriei fără stabilirea culpei unuia dintre soți, divorțul remediu a fost văzut ca o procedură cu caracter particular, cu o reglementare specială, cu norme ce derogă de la proceduri de drept comun².

Văzută ca o modalitate de anticipare a prevederilor noului Cod civil, cel puțin din perspectiva reglementării divorțului amiabil, Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor³, arogă notarului public și ofițerului de stare civilă, o nouă atribuție – divorțul prin acordul soților fără copii minori.

La mai puțin de un an de la adoptarea modificărilor precizate, noul Cod civil vine să întregească sfera schimbărilor aduse instituției divorțului prin acordul soților, prin reglementarea acestuia în cuprinsul art. 373-378, precum și a articolelor destinate efectelor divorțului (raporturile nepatrimoniale dintre soți și raporturile patrimoniale dintre aceștia). Noua reglementare a produs modificări și la nivelul legislației speciale, iar aici avem în vedere, cu precădere, Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, republicată⁴, precum și adoptarea Metodologiei cu privire la aplicarea unitară a dispozițiilor în materie de stare civilă⁵.

Singura și esențiala deosebire între prevederile Legii nr. 202/2010 și cele din cuprinsul Codului civil actual, referitoare la divorțul pe cale notarială, se regăsește în cadrul condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească soții pentru a putea opta la desfacerea căsătoriei, într-o sferă necontencioasă. Așadar, potrivit dispozițiilor art. 375 alin. (2) Cod civil, divorțul poate fi constatat de către notarul public chiar dacă există copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați, comparativ cu imposibilitatea desfacerii căsătoriei pe cale notarială în cazul existenței copiilor minori conform dispozițiilor art. 38¹ din Legea nr. 202/2010.

Dispozițiile art. 375 alin. (2) Cod civil au în vedere desfacerea căsătoriei atunci când există copii minori doar dacă soții convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorț, exercitarea autorității părintești de către ambii părinți, stabilirea locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățătură și pregătire profesională a copiilor.

La data la care soții au luat decizia desfacerii căsătoriei, prin acord, aceștia se pot adresa instanței de judecată competente, notarului public sau ofițerului de stare civilă, în acest din urmă caz doar atunci când nu există copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați.

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 177 din 26 iulie 1993.

² A se vedea M. I. Rusu, *Procedura divorțului în dreptul românesc*, Editura Rosetti, București, 2003, p. 22 și 23.

³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 714 din 26 octombrie 2010.

⁴ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 237 din 19 martie 2018.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 151 din data de 2 martie 2011.

II. Perspectiva notarială a divorțului prin acordul soților - aspecte teoretice transpuse și adaptate în practică

Cum deja am menționat în rândurile de mai sus, punctul central al prezentului studiu se poziționează în domeniul dreptului notarial, mai precis în sfera aspectelor practice privitoare la instituția divorțului prin acordul soților atunci când există copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați.

În prefigurarea mentală a oricărui jurist, primul aspect avut în vedere, atunci când se adresează unei instituții pentru depunerea oricărui tip de cerere, este cel legat de competența generală și teritorială a instituției respective pentru soluționarea cererii depuse. Nu deloc întâmplător, notarul public atunci când este investit cu soluționarea unei cereri de divorț prin acordul soților, verifică cu prioritate, nu competența, așa cum am fi tentați să credem, ci legea aplicabilă divorțului. Dacă constată că legea aplicabilă cauzei nu este legea română, notarul public se vede în imposibilitate de soluționare a cererii celor doi soți având ca obiect desfacerea căsătoriei prin acordul lor. Art. 138 alin.(2) din Legea nr. 36/1995, republicată, stabilește în mod clar etapele pe care notarul public este obligat să le respecte înainte de înregistrarea cererii în registrele specifice biroului notarial, în cazul divorțului prin acordul soților. Obligatorietatea ca dispozițiile aplicabile divorțului să fie guvernate de legea română se regăsește atât în cazul divorțului prin acordul soților fără copii minori, cât și în cel în care există copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați.

Competența pentru desfacerea căsătoriei îi revine notarului public cu sediul biroului notarial în circumscripția judecătorei sau a Tribunalului București în a cărei rază teritorială s-a încheiat căsătoria sau se află ultima locuință comună a soților, astfel cum rezultă din cuprinsul prevederilor art. 267 alin. (1) din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, cu modificările ulterioare⁶.

În privința locului încheierii căsătoriei, nu se ridică probleme la nivelul stabilirii acestuia decât în cazul în care căsătoria s-a încheiat în străinătate, inclusiv la misiunile diplomatice sau la oficiile consulare ale României. Astfel, conform Legii nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă, republicată⁷, „actele de stare civilă ale cetățenilor români, întocmite de autoritățile străine, au putere doveditoare în țară numai dacă sunt înscrise sau transcrise în registrele de stare civilă române”. Competența transcrierii actelor de

⁶ Aprobate prin Ordinul nr.2 333/C/2013 publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 479 din 1 august 2013, rectificat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 591 din 19 septembrie 2013, modificat și completat ulterior prin: Ordinul nr.1886/C/2016 al ministrului justiției pentru modificarea alin. (1) al art. 331 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, aprobat prin Ordinul ministrului justiției nr. 2333/C/2013; Ordinul nr. 4181/C/2016 al ministrului justiției pentru modificarea și completarea unor ordine ale ministrului justiției în scopul corelării cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 41/2016 privind stabilirea unor măsuri de simplificare la nivelul administrației publice centrale și pentru modificarea și completarea unor acte normative, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 978 din 6 decembrie 2016; Ordinul nr. 1618/C/2017 al ministrului justiției publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 468 din 22 iunie 2017.

⁷ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 339 din 18 mai 2012.

stare civilă încheiate în străinătate revine serviciului public comunitar local de evidență a persoanelor sau primăriei unității administrativ teritoriale în a cărei rază domiciliază cetățeanul român solicitant al transcrierii. În cazul cetățenilor români cu domiciliul în București, competența transcrierii certificatelor de căsătorie îi revine Primăriei Sectorului 1. Așadar, stabilindu-se locul încheierii căsătoriei oficializate în străinătate prin transcrierea certificatelor de căsătorie, competența pentru soluționarea cererii de divorț, în astfel de cazuri, îi revine oricărui notar public cu sediul biroului notarial în circumscripția judecătorească în raza căreia se află localitatea unde s-a transcris certificatul de căsătorie. Prin excepție, în cazul în care competența transcrierii certificatelor de căsătorie aparține Primăriei Sectorului 1, competent în desfacerea căsătoriei prin acordul soților, este oricare notar public din circumscripția Tribunalului București.

În cazul căsătoriilor încheiate la misiunile diplomatice sau la oficiile consulare ale României în străinătate, competența soluționării cererii de divorț după locul încheierii căsătoriei revine, potrivit art.4 alin.(1) din Instrucțiunile privind îndeplinirea procedurii divorțului de către notarii publici⁸, notarului public din municipiul București, întrucât locul încheierii căsătoriei este considerat Primăria Sectorului 1 în al cărei registru de stare civilă sunt evidențiate certificatele de căsătorie emise de către misiunile diplomatice sau oficiile consulare.

Atunci când notarul public a fost investit cu o cerere privind desfacerea căsătoriei însă competența sa se atrage în funcție de ultima locuință comună a soților, legiuitorul a ținut să precizeze în cuprinsul art. 268 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, și ce se înțelege printr-o astfel de sintagmă. Astfel, prin „ultima locuință comună” se înțelege ultima locuință în care au conviețuit soții. Dovada ultimei locuințe comune se face, după caz, cu actele de identitate ale soților, din care rezultă domiciliul comun sau reședința comună a acestora, ori, dacă nu poate face dovada în acest fel, prin declarație autentică pe propria răspundere a fiecăruia dintre soți, din care să rezulte care a fost ultima locuință comună a acestora. Declarația se va consemna în cererea de divorț și în încheierea de admitere a cererii de divorț. De asemenea, ca un mijloc de întărire a declarațiilor soților, atunci când domiciliul celor doi cuprins în actul de identitate nu este același, se pot prezenta înscrisuri care dovedesc proprietatea imobilului ori chiar folosința acestuia (contract de locațiune, contract de comodat, etc).

Cererea de divorț cuprinde întotdeauna declarațiile celor doi soți privitoare la acordul lor referitor la desfacerea căsătoriei, exprimarea consimțământului liber și neviciat, prin semnarea cererii, faptul că niciunul dintre aceștia nu a fost pus sub interdicție, ambii având capacitate deplină de exercițiu și nu s-au adresat altor autorități în vederea desfacerii căsătoriei. Numele pe care îl vor purta fiecare dintre soți, după desfacerea căsătoriei, este un element esențial al cererii. În ipoteza existenței copiilor minori, se vor face mențiunile specifice privind exercitarea autorității părintești, stabilirea locuinței minorilor, modul de păstrare a legăturilor personale între părintele separat și minori și contribuția părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățătură și pregătire profesională a acestora. Dacă cei

⁸ Aprobate prin Hotărârea Consiliului Uniunii nr. 15 din 26.01.2011.

doi soți nu au copii minori, pe cererea de divorț se va preciza lipsa copiilor minori din căsătorie, din afara căsătoriei sau din adopție.

Cererea de divorț, de regulă, se completează olograf de către cei doi soți. La momentul depunerii cererii de divorț, conform art.376 alin. (2) Cod civil, legiuitorul permite în mod excepțional ca soții să fie reprezentați prin mandatar cu procură autentică, spre deosebire de divorțul pe cale administrativă, adică în fața ofițerului de stare civilă. Prezența mandatarului în procedura divorțului este permisă doar la data depunerii cererii, nu și la termenul acordat de notarul public pentru soluționarea divorțului. Mandatarul poate fi un terț, unul dintre soți sau chiar un avocat, oricare dintre aceștia putând reprezenta pe unul dintre soți ori chiar pe ambii, numai cu procură autentică în care să fie inserate toate aspectele regăsite în cererea de divorț. Din această perspectivă instituția divorțului prin acordul părților pe calea instanței spre deosebire de cea prin procedură notarială stabilește o delimitare clară. În procedura judiciară a divorțului, la depunerea cererii în vederea desfacerii căsătoriei, „dacă mandatarul este avocat, el va certifica semnătura soților, potrivit legii” conform art. 930 alin. (1) teza finală din Codul de procedură civilă, fără a fi nevoie de o procură specială autentică. O astfel de reprezentare convențională în procedura divorțului pe cale notarială nu este permisă, întrucât legiuitorul nu aduce nicio completare în cuprinsul art. 376 alin. (2) Cod civil și a art. 269 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, de natură a crea o situație de excepție atunci când mandatarul unuia dintre soți ori chiar al ambilor la depunerea cererii de divorț, este avocat.

Dacă, de regulă, în activitatea notarială cererile pentru desfacerea căsătoriei se depun personal de către soți, ambii fiind cunoscători de carte, fără a se afla într-o imposibilitate de semnare a cererii, există totuși și situații particulare, astfel încât în procedura divorțului pe cale notarială pot avea acces și cei aflați în imposibilitate de a scrie, fie temporar, din cauza unor accidente ori a unor motive medicale, sau definitiv, fiind infirmi ori atunci când sunt neștiutori de carte, această din urmă situație implicând de cele mai multe ori și o necunoaștere a scrisului.

Odată cu reglementarea divorțului prin acordul soților pe cale notarială conform prevederilor Legii nr. 202/2010, la nivelul activității notariale au fost elaborate câteva instrucțiuni⁹ privind procedura nou introdusă, în cuprinsul cărora se regăseau și câteva precizări privind semnarea prin aplicarea amprentei degetului arătător de la mâna stângă a cererii de divorț, când unul dintre soți era neștiutor de carte.

Așa cum în literatura de specialitate¹⁰ s-a afirmat deja, dacă unul dintre soți sau ambii sunt în imposibilitate de a semna, prevederile art.97 din Legea nr. 36/1995, republicată, referitoare la prezența martorilor-asistenți în procedura de autentificare, se aplică în mod clar și în procedura divorțului pe cale notarială. În plus, de menționat este faptul că

⁹ Art. 1 alin. (4) din Instrucțiuni privind îndeplinirea procedurii divorțului de către notarii publici.

¹⁰ A se vedea A. A. Moise, *Secțiunea a 7-a. Procedura divorțului pe cale notarială*, în „Legea notarilor publici – Comentariu pe articole” de I. F. Popa, A. A. Moise, Editura Solomon, București, 2016, p. 673; D. Negriță, *Divorțul prin procedură notarială – Studii teoretice și practice*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 129 și urm.

martorii-asistenți trebuie să fie prezenți atât la data depunerii cererii de divorț cât și la data soluționării, încheierea de admitere a cererii și în practică și cea de respingere, se semnează de către soți. După opinia noastră, cei doi martori-asistenți de la data depunerii cererii de divorț nu trebuie să fie aceiași cu cei de la data soluționării, rolul lor fiind de a suplini semnătura soțului sau a ambilor soți pe cerere și/sau pe încheierea de soluționare a divorțului. De asemenea, pot exista situații în care doar la unul dintre cele două momente (data depunerii cererii de divorț și data soluționării acesteia) este necesară prezența martorilor, de exemplu cazul în care unul dintre soți are mâna dreaptă imobilizată ca urmare a unui accident rutier pe o perioadă de trei săptămâni. Chiar dacă soțul aflat în imposibilitate de a semna este știutor de carte, prezența martorilor-asistenți este obligatorie. Aplicarea amprente degetului de la mâna stângă pe cererea de divorț devine o procedură facultativă, instrucțiunile în cuprinsul căreia a fost inserată fiind adoptate anterior modificărilor legislative intervenite în sfera procedurilor notariale. De asemenea, în cuprinsul instrucțiunilor nu s-a avut în vedere cazul persoanei știutoare de carte, dar aflată în imposibilitate temporară sau definitivă de a semna cererea și încheierea de soluționare a divorțului.

Prezența celor doi martori-asistenți în situația de excepție enunțată se va evidenția în cuprinsul cererii de divorț, prin identificarea lor în cadrul rezoluției inserate de către notarul public pe cerere¹¹. Astfel, cererea de divorț și/sau încheierea de soluționare a divorțului va cuprinde semnăturile celor doi martori-asistenți ce înlocuiesc procedural semnătura unuia dintre soți sau chiar a ambilor, mențiunea notarului public a imposibilității semnării de către unul sau ambii soți și identificarea martorilor-asistenți.

Dacă în cazul divorțului fără minori, alături de cererea de divorț, soții trebuie să depună și certificatul de căsătorie în original și copie legalizată, copii ale certificatelor de naștere și ale cărților de identitate ale ambilor soți, în cazul divorțului cu minori alături de actele menționate se depun și copii ale certificatelor de naștere și, după caz, copiile cărților de identitate ale copiilor minori. Cu toate acestea, dacă cererea de divorț este semnată de martorii-asistenți, este obligatorie și depunerea unor copii ale actelor de identitate aparținând acestora. Semnăturile martorilor-asistenți în procedura divorțului, asemenea celor din procedura de autentificare, „au rolul de a confirma prezența respectivilor martori la derularea procedurii și de a atesta faptul că ei au fost de față și pot mărturisi cu privire la exprimarea consimțământului soților și a faptului că aceștia au fost de acord cu toate cerințele pe care legea le impune la constatarea divorțului prin procedură notarială”¹².

Dacă unul dintre soții prezenți în fața notarului public în vederea depunerii cererii de divorț este surd, mut, surdomut și știutor de carte, nu este necesar ca la îndeplinirea procedurii să fie prezent și un interpret mimico-gestual, partea aflată într-o astfel de situație, înainte de semnarea cererii, va insera mențiunea „consimt la prezentul act, pe care l-am citit”.

Când cererea de divorț este depusă de către ambii soți, iar cel puțin unul dintre aceștia

¹¹ A se vedea D. Negrilă, *op. cit.*, p. 130.

¹² *Ibidem*.

este surd, mut, surdomut și neștiutor de carte și în imposibilitate de a semna, prezența interpretului mimico-gestual de această dată devine obligatorie, partea exteriorizându-și consimțământul prin limbaj specific și în prezența a doi martori-asistenți.

Este, de asemenea, necesară prezența unui interpret ori a unui traducător autorizat în cazul depunerii cererii de divorț de către un cetățean străin necunoscător al limbii române.

În toate cazurile particulare evidențiate mai sus se aplică prin similitudine regulile din procedura autentificării înscrisurilor, iar acolo unde prezența interpretului este necesară cererea în vederea desfacerii căsătoriei și/sau încheierea de soluționare a divorțului se semnează de către interpret alături de notarul public.

Procedura divorțului pe cale notarială implică parcurgerea unor etape bine delimitate temporar, prima dintre acestea fiind faza incipientă ce se declanșează începând cu verificarea legii aplicabile divorțului, care în mod obligatoriu trebuie să fie legea română și continuă prin stabilirea competenței de către notarul public, redactarea cererii de divorț în oricare dintre cazurile deja prezentate, verificarea identității soților și a datelor cuprinse în cererea de divorț, achitarea onorariului cu prioritate comparativ cu celelalte proceduri notariale, înregistrarea în aceeași zi a cererii de divorț în registrele specifice unei astfel de proceduri ținute în cadrul biroului notarial, verificarea de către notarul public a Registrului Național de Evidență a Cererilor de Divorț (RNECD) să nu existe înregistrată de către aceiași soți o altă cerere de divorț, precum și acordarea celor doi soți a unui termen de reflecție de minim 30 de zile.

În cadrul procedurii divorțului în fața notarului public, alături de faza incipientă ce se realizează în integralitate la data depunerii cererii de divorț, trebuie parcurse și următoarele etape: în cazul divorțului cu copii minori realizarea raportului de anchetă socială de către autoritatea competentă, ascultarea minorului în condițiile legii, încheierea acordului parental în formă autentică de către ambii soți – părinți ai minorului și întocmirea încheierii de soluționare a cererii de divorț și în funcție de stăruința soților, eliberarea certificatului de divorț, această din urmă etapă fiind comună atât divorțului cu minori cât și celui fără minori. Procedurile indicate vor face obiectul unei analize individuale în cuprinsul prezentului studiu.

III. Acordul parental înscris obligatoriu în procedura divorțului cu minori

La data depunerii cererii de divorț, notarul public le aduce la cunoștință soților obligativitatea inserării în cuprinsul acesteia a mențiunilor referitoare la aspectele legate de copiii minori ai celor doi, vizând situația lor după desfacerea căsătoriei părinților. Astfel, în cuprinsul cererii soții convin asupra: exercitării autorității părintești de către ambii părinți, stabilirii locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor. Mențiunile realizate trebuie particularizate de la caz la caz, cu excepția celei privind exercitarea în comun și în mod egal a autorității părintești, întrucât reprezintă proiectul de acord parental ce urmează a fi încheiat de către soți după efectuarea raportului de anchetă socială.

Acordul parental are rolul „de a pune copilul pe primul loc”¹³, adică de a cuprinde aspecte benefice minorului, aflat oricum într-o stare emoțională atipică, generată de divorțul părinților. Perioada divorțului și cea imediat următoare finalizării procedurii creează dezechilibre emoționale și comportamentale minorului, potrivit specialiștilor, fiind pus adesea în postura de a trăi „o multitudine de sentimente tulburătoare, cum ar fi: teama de abandon, tentația negării, refularea, sentimentul de neputință, sentimentul de vinovăție, mâhnire și deziluzie, sentimentul de sfâșiere și conflictul de loialitate, parentificarea”¹⁴.

Convenția încheiată de soți în procedura divorțului privind copilul minor, din punct de vedere temporar, se situează după efectuarea raportului de anchetă socială, concluziile acestuia fiind esențiale în conturarea înscrisului de către notarul public. Înțelegerea celor doi părinți, de această dată considerăm a fi corect folosită noțiunea de „părinți” și nu cea de „soți”, întrucât privește raporturile dintre părinte și copilul minor, reprezintă o transpunere a voinței lor într-un cadru material generator de efecte juridice. Dincolo de aspectele esențiale pe care acordul trebuie să le cuprindă, acesta reprezintă fundamentul colaborării între cei doi foști soți, părinți, ce depășește granițele a ceea ce a însemnat familia întemeiată de cei doi, prevederile acordului producându-și efecte până la împlinirea vârstei de 18 ani a copilului sau chiar a vârstei de 26 de ani dacă acesta se află în continuarea studiilor¹⁵.

Cei doi părinți sunt singurii în măsură să poată stabili cadrul acordului parental, ei fiind persoanele cele mai apropiate ale minorului și cele care îl cunosc și pot prefigura un cadru optim de dezvoltare psihică și fizică a acestuia, chiar și după desfacerea căsătoriei, notarul public are în acest caz rolul de a consilia și îndruma părțile pentru găsirea unor soluții eficiente în vederea apărării interesului superior al copilului.

Prin recenta modificare adusă Legii notarilor publici și activității notariale nr.36/1995, republicată, conform art. 101 alin. (2), acordul parental constituie titlu executoriu dacă a fost „încheiat prin înscris autenticat cu ocazia divorțului sau ulterior acestui moment, în care, exercitând împreună autoritatea părintească, părinții se înțeleg cu privire la aspecte cum sunt: stabilirea locuinței copilului, modalitatea de păstrare a legăturilor personale cu minorul ale părintelui cu care acesta nu locuiește, precum și alte măsuri asupra cărora părinții pot să dispună în condițiile art.375 alin.(2) din Codul civil, republicat, cu modificările ulterioare”.

Așa cum rezultă și din articolul citat, acordul parental se poate încheia în procedura de divorț, însă poate fi modificat ulterior. Dacă în cazul acordului parental încheiat în procedura divorțului nu se ridică nicio întrebare privind stabilirea competenței notarului public instrumentator al acordului, fiind același cu cel care este investit cu cererea de divorț, o astfel de neclaritate însă se regăsește atunci când părinții, foști soți, convin asupra modificării acordului. Orice schimbare avută în vedere de către părinți trebuie

¹³ A se vedea A. R. Motica, *Considerații privind aplicarea principiului ocrotirii „interesului superior al copilului” în caz de divorț al părinților săi*, Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept, nr. 2/2014, p. 139.

¹⁴ A se vedea J. Biolley, *Copilul și divorțul – Cum ne protejăm copiii de efectele divorțului*, Editura Philobia, București, 2014, p. 15-16.

¹⁵ A se vedea art. 499 Cod civil.

adusă la cunoștința notarului public în vederea încheierii unui nou acord parental, convenție ce urmează a fi încheiată cu respectarea tuturor procedurilor avute în vedere și la încheierea acordului inițial, acestea fiind: efectuarea raportului de anchetă socială, ascultarea minorului, în condițiile legii și acordul părinților¹⁶. Așadar, după opinia noastră, părinții se vor putea adresa doar notarului public instrumentator a procedurii divorțului, în cazul modificării acordului parental inițial¹⁷. Referitor la modul de stabilire a unei astfel de competențe, legiuitorul nu face nicio precizare expresă, însă ținând seama de continuitatea raportului dintre soți, generată de momentul desfacerii căsătoriei și de cunoașterea de către notarul public a istoricului juridic ce îi vizează atât pe părinți cât și pe minor, de consilierea oferită acestora la momentul încheierii raportului inițial și mai mult decât atât de obligativitatea ascultării minorului în cazurile prevăzute de lege, cea din urmă procedură fiind dată în competența exclusivă a notarului public instrumentator al divorțului, considerăm justificată îmbrățișarea opiniei anterior menționate¹⁸.

Totodată, se poate instrumenta de către notarul public și un acord parental ce vine ca o modificare a cuprinsului regăsit în cadrul unei hotărâri judecătorești pronunțate înainte de intrarea în vigoare a Codului civil¹⁹ în care sunt cuprinse toate aspectele privitoare la minorul rezultat din căsătoria celor doi, din afara căsătoriei sau din adopție, procedură realizată doar cu respectarea condițiilor privind înțelegerea părinților asupra tuturor elementelor modificatoare, a efectuării unui nou raport de anchetă socială și a ascultării minorului, în condițiile prevăzute de lege. Competent, în acest caz, considerăm că ar fi notarul public ce ar fi putut fi sesizat cu desfacerii căsătoriei.

Notarul public poate fi sesizat cu o cerere privind desfacerea căsătoriei, soții având un copil minor în vârstă de 17 ani și 11 luni, iar până la finalizarea procedurii de divorț, minorul împlinește vârsta majoratului. În ipoteza prezentată, ascultarea minorului, efectuarea raportului de anchetă socială și încheierea acordului parental, au stârnit discuții ample. Așadar, dacă copilul celor doi soți la data depunerii cererii de divorț de către aceștia era minor, considerăm întemeiată susținerea²⁰ potrivit căreia întreaga procedură trebuie urmată, chiar dacă la data stabilită pentru soluționarea divorțului copilul a împlinit vârsta majoratului. Ca un argument suplimentar se are în vedere inclusiv situația minorului care după împlinirea vârstei de 18 ani se află în continuarea studiilor, iar ambii părinți au obligația de întreținere a acestuia, fie în natură – de regulă părintele la care locuiește, fie prin stabilirea contribuției la cheltuielile de creștere, educare, învățătură și pregătire profesională – părintele separat de copil.

În activitatea notarială actuală, a devenit aproape o normalitate solicitarea încheierii acordului parental pentru copilul conceput, dar nenăscut al celor doi soți. În cuprinsul

¹⁶ A se vedea D. Rotaru, *Codul civil al României – Îndrumar notarial, Vol. I*, Editura Monitorul Oficial, București, 2011, p. 138.

¹⁷ Pentru o opinie similară a se vedea *Idem*, p. 138-139.

¹⁸ Pentru o opinie contrară a se vedea A. A. Moise, *op. cit.*, p. 690.

¹⁹ A se vedea D. Rotaru, *Culegere de practică notarială. Spețe comentate – Vol. III*, Editura Notarom, București, 2016, p. 110 și urm.

²⁰ *Idem*, p. 105 și urm.

art. 375 alin. (2) Cod civil, legiuitorul stabilește în mod clar necesitatea încheierii unui acord parental pentru copiii născuți. Așadar, notarul public se află în imposibilitate de a da curs cerinței soților, în vederea autentificării unui acord parental privind copilul doar conceput la data depunerii cererii de divorț, cât și a soluționării acestuia, întrucât raportul de anchetă socială nu poate fi realizat, reprezentantul autorității tutelare neavând cum să constate interesul superior al copilului nenăscut. Acordul parental poate fi încheiat, într-o astfel de situație, ulterior momentului nașterii minorului, cu respectarea cerințelor privind înțelegerea părinților-foști soți și efectuarea raportului de anchetă socială. Soții aflați în procedura divorțului pot încheia o convenție asemănătoare acordului parental pentru copilul doar conceput și nenăscut, însă fără o fi cuprinsă o astfel de convenție în procedura divorțului pe cale notarială²¹. Convenția încheiată privindu-l pe copilul conceput, dar nenăscut reprezintă, în opinia noastră, un proiect al acordului parental ce urmează a fi încheiat după momentul nașterii copilului cu respectarea tuturor procedurilor în vigoare. În ipoteza existenței unui copil minor și a unui copil conceput dar nenăscut la data depunerii cererii de divorț, soții au obligația de a încheia acordul parental ce-l privește pe copilul născut, iar notarul public le va aduce la cunoștință prezumția prevăzută de art. 414 alin. (1) din Codul civil, potrivit căreia „copilul născut sau conceput în timpul căsătoriei are ca tată pe soțul mamei” și posibilitatea încheierii unui acord parental pentru copilul doar conceput, ulterior nașterii acestuia.

Tot în acord cu cele deja prezentate și raportat la instrumentarea acordului parental, în activitatea notarială au existat împrejurări în care notarului public i-a fost cerută instrumentarea procedurii divorțului ținând cont de următoarele particularități ale cauzei: două persoane de sex diferit se căsătoresc în anul 2006, în anul 2007 se naște copilul acestora. În anul 2012, soții divorțează pe cale judecătorească la instanța competentă, cu stabilirea tuturor aspectelor legate de situația minorului rezultat din căsătorie. La doi ani de la finalizarea procedurii de divorț, cei doi foști soți stabilesc să se recăsătorească, iar în anul 2018, notarul public competent, prin raportare la locul încheierii căsătoriei, este sesizat cu o cerere de divorț din partea celor doi soți. În acest caz, notarul public legal sesizat va îndeplini toată procedura divorțului pe cale notarială cu minor, chiar dacă copilul este născut în perioada primei căsătorii a celor doi soți, la desfacerea căreia toate aspectele legate de minor au fost stabilite conform hotărârii pronunțate pe cale judecătorească, minorul este copilul comun al soților pentru care cei doi trebuie să stabilească aspectele relevante pentru încheierea acordului parental. Indiferent dacă opțiunea celor doi soți privind situația minorului după desfacerea căsătoriei este aceeași cu cea regăsită în cuprinsul hotărârii judecătorești, din anul 2012, sau diferă de aceasta, notarul public va solicita efectuarea unui nou raport de anchetă socială și va proceda la ascultarea minorului în condițiile art. 264 Cod civil. Acordul parental ce urmează a fi încheiat nu vizează minorul născut din căsătoria a cărei desfacere a fost solicitată, ci minorul născut din afara ultimei căsătorii, dar sub efectele primei căsătorii desfăcută deja prin hotărârea de divorț, având ca părinți pe cei doi soți, prin raportare la prevederile art. 375 alin. (2) Cod civil.

²¹ A se vedea D. Rotaru, *Culegere de practică notarială – Vol. I*, Editura Notarom, București, 2013, p. 54-55.

IV. Opinia minorului în procedura divorțului pe cale notarială

Conform prevederilor art. 264 Cod civil, ascultarea copilului care a împlinit vârsta de 10 ani este obligatorie, inclusiv în procedurile administrative, iar opiniile acestuia vor fi luate în considerare în raport cu vârsta și gradul său de maturitate. Notarul public, dacă consideră ca fiind necesar, poate asculta copilul care nu a împlinit vârsta de 10 ani. Ascultarea minorului se realizează, de regulă, în ziua soluționării cererii de divorț, însă nimic nu îl împiedică pe notarul public ca în situații de excepție²² să îndeplinească o astfel de procedură și în intervalul cuprins între momentul depunerii cererii de divorț și cel al întocmirii încheierii de admitere sau de respingere a acesteia. Minorul va fi ascultat în prezența ambilor părinți, acesta exprimându-și opinia cu privire la locuința sa după divorț, cât și asupra legăturilor pe care urmează să le păstreze cu părintele separat. Dacă aparent momentul ascultării minorului nu este de esența procedurii divorțului, opinăm totuși ca fiind de preferat ca o astfel de procedură să se realizeze după momentul efectuării raportului de anchetă socială, notarul public constatând voința părinților – soți potrivit cererii de divorț și concluziilor raportului de anchetă socială.

Prezența părinților în cadrul procedurii de ascultare a minorului este obligatorie²³, aceștia având rolul de a confirma luarea consimțământului copilului, de către notarul public, raportat la vârsta și gradul său de maturitate, precum și consemnarea opiniei minorului în cuprinsul procesului-verbal. Totodată, potrivit opiniei din literatura de specialitate²⁴, părinții, prezenți la procedura de ascultare a minorului, certifică identitatea acestuia și faptul că au fost prezenți la ascultarea copilului de către notar. Cu toate acestea, în literatura de specialitate²⁵ s-a conturat și opinia potrivit căreia, notarul public va hotărî dacă părinții vor fi de față la ascultarea minorului, și chiar mai mult decât atât se consideră că ascultarea minorului se poate realiza chiar în prezența unui singur părinte, dacă celălalt și-a dat acordul. De asemenea, în cadrul aceleiași opinii se subliniază posibilitatea notarului public de a decide ca ascultarea minorului „să se desfășoare, fie și doar parțial, fără prezența niciunui părinte”²⁶. Prezența părinților devine obligatorie, conform autorilor menționați, „la debutul audierii dacă minorul nu dispune de nici un act de identificare dotat cu fotografie (pașaport sau buletin) în vederea atestării identității acestuia”²⁷.

În cadrul procedurii de divorț când există mai mulți minori rezultați din căsătorie, din afara căsătoriei sau din adopție, ce urmează a fi ascultați, în condițiile legii, fiecare va fi ascultat separat și se vor întocmi procese-verbale distincte.

Așadar, chiar dacă minorul este însoțit de ambii părinți, ascultarea sa „trebuie să fie liberă, ceea ce înseamnă că exprimarea liberă a opiniei semnifică absența oricăror pre-

²² A se vedea D. Rotaru, *Culegere de practică notarială. Spețe comentate – Vol. V*, Editura Notarom, București, 2018, p. 40 și urm.

²³ A se vedea D. Rotaru, *Ghid de practică notarială*, Editura Notarom, București, 2011, p. 242.

²⁴ A se vedea D. D. Bratu, *Familia în dreptul intern și internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 99.

²⁵ C. N. Bărbieru, C. Macovei, *Activitatea notarială de la teorie la practică*, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 650.

²⁶ Ibidem

²⁷ Ibidem

siuni, influențe ori manipulări și vizează perspectiva proprie a copilului asupra situației în care este implicat²⁸. Raportându-ne la aspectele precizate și la dispozițiile art. 29 alin. (4) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată²⁹, opinia copilului ascultat, astfel cum aceasta a fost consemnată în unicul exemplar al procesului-verbal semnat atât de minor cât și de către părinți și notarul public, va fi luată în considerare și i se va acorda importanța cuvenită, prin raportare la vârsta și gradul de maturitate al minorului, întrucât „ascultarea acestuia nu poate fi asimilată unei simple formalități”³⁰. Așadar, dacă în proiectul de acord parental al părinților și în cuprinsul raportului de anchetă socială se arată că ar fi în interesul minorului ca locuința acestuia să fie stabilită la tată, iar din declarația copilului cuprinsă în procesul-verbal rezultă că are o relație deficitară cu tatăl său și preferă să locuiască la mamă, notarul public nu poate decât să soluționeze cererea de divorț printr-o încheiere de respingere, opinia acestuia, raportată la gradul său de maturitate și la vârstă, poate contura corect interesul său superior. Notarul public în cadrul procedurii divorțului poate constata doar înțelegerea dintre soți, adică acordul de a se desface căsătoria, numele pe care urmează să-l poarte fiecare dintre ei și aspectele legate de minor, însă nu este investit cu posibilitatea stabilirii interesului superior al copilului, iar în cazul unor perspective diferite raportat la minor pe de o parte și la părinții săi de cealaltă parte, va putea doar soluționa procedura printr-o încheiere de respingere și va îndruma soții să se adreseze instanței de judecată competentă. Chiar dacă potrivit prevederilor art. 277 din Regulamentul de aplicare al Legii nr. 36/1995, republicată, un astfel de motiv pentru întocmirea unei încheieri de respingere nu este expres menționat, nimic nu exclude întocmirea sa prin raportare la prevederile art. 378 coroborate cu art. 263 și art. 264 Cod civil, existând o neînțelegere între toate părțile implicate în procedura de soluționare a divorțului. Cu toate acestea, în literatura de specialitate³¹, s-a avut în vedere și o altă perspectivă asupra situației în care opinia minorului nu coincide cu cea avută în vedere de către părinți și cuprinsă în cadrul raportului de anchetă socială, părere potrivit căreia este de preferat, în astfel de împrejurări, să se efectueze un nou raport de anchetă socială cu aplecare în sfera raporturilor aflate în contrarietate.

Ascultarea minorului de peste 10 ani în procedura divorțului, chiar și pe cale notarială, este obligatorie, iar respectarea opiniei acestuia se va lua în considerare numai în raport cu vârsta și gradul său de maturitate. Însă, există împrejurări în care motivele de sănătate ale minorului (de exemplu – o boală psihică) împiedică ascultarea lui. Într-o astfel de situație, notarul public dispune efectuarea raportului de anchetă socială și solicită soților-părinți ca la termenul acordat să prezinte un document medical din care să rezulte starea

²⁸ A se vedea M-M. Pivniceru, C. Luca, *Interesul superior al copilului – Expertiza psihologică în caz de separarea/divorțul părinților*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 71.

²⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.159 din 5 martie 2014.

³⁰ A se vedea M. Ciocîrlan, *Ascultarea minorilor în procedura notarială a divorțului*, publicat pe site-ul <https://www.juridice.ro/319407>.

³¹ Pentru o opinie contrară a se vedea M. A. Marina, *Considerații asupra divorțului prin procedură notarială*, Buletinul Notarilor Publici nr.2/2015, p.38.

de sănătate a minorului ce duce la imposibilitatea ascultării lui³².

De asemenea, procedura ascultării minorului se îndeplinește și la întocmirea unui nou acord parental, modificator al convenției inițiale între părinți. Chiar dacă inițial copilul nu a fost ascultat, având vârsta sub 10 ani, acesta urmează a fi ascultat în mod obligatoriu, în cazul în care la data instrumentării noii convenții privind aspectele legate de stabilirea locuinței minorului, programul de vizitare și stabilirea contribuției la cheltuielile de creștere, educare, învățătură și pregătire profesională, minorul a împlinit vârsta de 10 ani ori notarul public consideră că acest lucru este necesar pentru soluționarea cauzei sau chiar minorul solicită ascultarea.

V. Termenul de reflecție și soluțiile în cadrul procedurii divorțului pe cale notarială

Conform prevederilor art. 376 alin. (1) Cod civil, notarul public înregistrează cererea de divorț și acordă un termen de reflecție de 30 de zile. Potrivit dispozițiilor menționate termenul nu trebuie să fie mai scurt de 30 de zile și se stabilește conform înțelegerii dintre soți și notarul public. Perioada de reflecție acordată are natura unui termen procedural, adică conform art. 181 alin. (1) pct. 2 din Codul de procedură civilă, când termenul se socotește pe zile, nu intră în calcul ziua de la care începe să curgă, nici ziua când acesta se împlinește. Termenul inițial acordat nu se poate reduce pe parcursul procedurii divorțului, fiind înscris atât pe cerere depusă de cei doi soți cât și în Registrul Național de Evidență al Cererilor de Divorț (RNECD). La momentul depunerii cererii de divorț, pentru acordarea termenului, notarul public va avea în vedere, în mod cumulativ, disponibilitatea soților de a fi prezenți la data pe care urmează să o stabilească și dacă termenul se împlinește într-o zi în care biroul notarial, din motive justificative, nu funcționează. Așadar, dacă termenul de 30 de zile acordat se împlinește într-o zi declarată nelucrătoare prin lege, aceasta nefiind stabilită ca zi nelucrătoare la data fixării termenului, fiind aprobată ulterior printr-o hotărâre de guvern, termenul se prelungește, în virtutea legii³³, până în prima zi lucrătoare care urmează.

Potrivit dispozițiilor art. 5 alin. (6) din Instrucțiunile privind îndeplinirea procedurii divorțului de către notarii publici, în situația în care la termenul fixat notarul public nu va putea fi prezent din motive justificate în vederea soluționării cererii de divorț, acesta va sesiza Camera Notarilor Publici în circumscripția căreia este numit, în vederea delegării unui alt notar public, care să soluționeze cererea.

Termenul acordat inițial, așa cum am precizat deja, poate fi mai mare de 30 de zile, stabilirea acestuia trebuie să respecte totuși intenția legiuitorului ca procedura divorțului pe cale notarială să fie soluționată cu celeritate. Acordarea unui termen ce depășește cele 30 de zile se realizează, de regulă, în cazurile în care ancheta socială urmează a fi efectuată într-un alt stat, unde minorul locuiește ori la solicitarea expresă a soților.

³² A se vedea D. Rotaru, *op. cit.* - Vol. I, p.55-56.

³³ A se vedea art.181 alin. (2) din Codul de procedură civilă.

Procedura divorțului pe cale notarială presupune ca la finalizarea sa, notarul public să stabilească soluția aplicabilă fiecărei cereri, în funcție de particularitățile acesteia. Astfel, la termenul acordat, notarul public poate întocmi o încheiere de amânare, o încheiere de admitere sau o încheiere de respingere a cererii de divorț.

Precizări referitoare la încheierea de amânare, ca soluție în procedura divorțului pe cale notarială, regăsim doar în cuprinsul prevederilor art. 271 alin. (4) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, fără ca legiuitorul să stabilească în mod detaliat procedura și condițiile întocmirii unei astfel de încheieri. Literatura de specialitate, dar și practica au avut rolul de a crea și stabili împrejurările generatoare pentru ca notarul public să îndeplinească și o astfel de procedură, prea puțin reglementată. Încheierea de amânare reprezintă efectul acordării unui nou termen pentru motive temeinice, adică prelungirea termenului inițial stabilit. Așa cum deja am precizat, în cuprinsul art. 271 alin. (4) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, la expirarea termenului în vederea soluționării divorțului, „în caz de neprezentare a soților și în lipsa unei cereri de amânare a acestora, notarul public respinge cererea de divorț prin încheiere”.

Amânarea termenului în vederea soluționării cererii de divorț intervine ca urmare a depunerii de către unul dintre soți sau chiar de către ambii a unei cereri în acest sens, notarul public fiind în imposibilitate de a recurge la o astfel de procedură din oficiu. Motivele determinante ale depunerii unei astfel de cereri, în opinia noastră, pot fi: imposibilitatea ascultării minorului la termenul acordat, nedepunerea anchetei sociale până la momentul soluționării cererii de divorț, motive de natură medicală ce împiedică pe oricare dintre soți să se prezinte la sediul biroului notarial sau oricare alte cauze neimputabile soților, de natură obiectivă. În literatura de specialitate actuală s-au conturat două curente în privința motivelor determinante pentru depunerea cererii de amânare. Astfel, există o primă opinie potrivit căreia „încheierile pentru acordarea unui termen nu pot avea ca motivare decât lipsa anchetei sociale și/sau imposibilitatea audierii minorului”³⁴ și păreri îndreptate către amânarea dispusă „indiferent de motivele soților; contează doar să existe acordul amândurora”³⁵.

Motive determinante pentru depunerea cererii de amânare, cu excepția imposibilității ascultării minorului și nedepunerea la termen a anchetei sociale sunt, în opinia noastră, cele de ordin medical. Să ne imaginăm situația în care soții au depus o cerere de divorț, iar până la împlinirea termenului, soțul este implicat într-un accident rutier, fiind în imposibilitate de deplasare și conștient, într-un spital din București. Notarul public sesizat cu desfacerea căsătoriei are sediul biroului notarial în Timișoara. Așadar, într-un astfel de caz, considerăm că amânarea reprezintă soluția favorabilă celor doi soți. Cererea de amânare se poate depune de către soție, iar soțul imobilizat într-un spital din capitală, va solicita instrumentarea unei procuri în vederea depunerii cererii de amânare în procedura divorțului. De asemenea, în practica notarială, dar și în literatura de specialitate³⁶, s-a formulat opinia potrivit căreia acordul soțului aflat în imposibilitate de a se prezenta la

³⁴ A se vedea D. Rotaru, *Codul civil al României – Îndrumar notarial, Vol. I – op. cit.*, p. 137.

³⁵ A se vedea A. A. Moise, *op. cit.*, p. 674; D. Negrilă, *op. cit.*, p. 288 și urm.

³⁶ A se vedea, D. Negrilă, *op. cit.*, p. 291.

sediul biroului notarial, se poate lua de către notarul public prin „orice mijloace – de exemplu: legătură telefonică, apeluri audio și video” cu o confirmare ulterioară. Cu toate acestea, rămânem ancorati opiniei potrivit căreia cererea de amânare nu se poate depune de către un singur soț cu acordul celuilalt exprimat prin orice modalitate, întrucât prin aplicarea principiului simetriei formelor, cererea inițială a fost depusă fie de către soți împreună, fie prin mandatar, în scris și semnată de oricare dintre aceștia, așa cum solicită prevederile art. 270 alin. (1) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată. Raportându-ne la situația deja expusă și schimbând doar locul în care se află imobilizat soțul, prin stabilirea acestuia într-un spital din Timișoara, putem constata posibilitatea luării directe a consimțământului privind amânarea cererii de divorț, pentru motive medicale, de către notarul public, investit cu cererea inițială având ca obiect desfacerea căsătoriei prin acord, prin deplasarea acestuia la spital, însoțit fiind de soția persoanei aflate în imposibilitate de deplasare. Deplasarea notarului public³⁷ se face cu respectarea prevederilor art. 83 alin. (2) din Legea nr. 36/1995, republicată, privind competența acestuia în limita circumscripției judecătorești în care își desfășoară activitatea și a dispozițiilor art. 376 alin. (1) Cod civil coroborate cu art.270 alin. (1) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, referitoare la depunerea cererii de divorț împreună de către ambii soți, în scris și semnată de către aceștia. Într-o astfel de împrejurare considerăm a fi necesar ca la dosarul de divorț să existe un document medical din cuprinsul căruia să rezulte starea de imobilizare a unuia dintre soți în spital.

Dacă însă soțul aflat în imposibilitate de a se prezenta la sediul biroului notarial este și în stare de inconștiență, considerăm, în mod excepțional, ca fiind suficient pentru întocmirea încheierii de amânare cererea celuilalt soț și un document medical din care să rezulte starea părții aflate sub supraveghere medicală și în imposibilitate de exprimare a consimțământului. Cu siguranță, într-o asemenea împrejurare, notarul public va acorda un termen de reflecție mai îndelungat având în vedere starea soțului și posibilitatea de revenire a acestuia însă într-o perioadă mai mare de timp. Dacă totuși până la termenul acordat, soțul rămâne în aceeași stare de inconștiență, notarul public va întocmi o încheiere de respingere în condițiile art. 277 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată.

Un alt motiv obiectiv pentru care se poate întocmi o încheiere de amânare vizează circumstanța în care, la data depunerii cererii de divorț, soția este însărcinată, iar până la momentul soluționării acesteia dă naștere unui copil născut încă în timpul căsătoriei, iar soții stăruie în cererea de divorț. Astfel, la termenul acordat inițial, soții se vor prezenta și vor solicita întocmirea unei încheieri de amânare, având în vedere noile împrejurări generatoare de efecte juridice. Pentru copilul născut în termenul de reflecție, notarul public va solicita celor doi soți-părinți redactarea unei noi cereri în care se va cuprinde proiectul de acord parental și întocmirea raportului de anchetă socială de către autoritatea competentă, urmând ca la noul termen, cu acordul soților prezenți, ținând cont de concluziile raportului realizat și de stăruința soților în desfacerea căsătoriei, să admită cererea și să elibereze certificatul de divorț.

³⁷ Pentru o opinie contrară a se vedea M. A. Marina, *op. cit.*, p. 33-34.

În toate cazurile arătate, încheierea de amânare se realizează cu îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții: cererea soților, întocmită în funcție de împrejurări; acordul fiecăruia dintre soți, cu excepția motivelor medicale privind discernământul acestora; stăruința în continuarea procedurii privind desfacerea căsătoriei și acordarea unui nou termen. Totuși, de reținut este situația în care, chiar dacă există stăruință în vederea desfacerii căsătoriei la data întocmirii încheierii de amânare, pentru motive temeinice, nimic nu împiedică notarul public ca la noul termen fixat să întocmească o încheiere de respingere dacă sunt îndeplinite oricare dintre cazurile prevăzute de lege ori în lipsa stăruinței soților. O încheiere de amânare nu este o soluție³⁸ atunci când soții, la termenul inițial acordat, sunt indeciși cu privire la situația lor matrimonială, solicitând un nou termen, fără motive temeinice, pentru clarificarea voinței lor. Considerăm că, în acest din urmă caz, nu se justifică o încheiere de amânare, lipsind de efecte termenul de reflecție acordat de legiuitor și nefiind în consonanță cu rolul procedurii divorțului pe cale notarială de a asigura celeritatea soluționării acesteia.

Soluția cea mai frecvent întâlnită în procedura divorțului este cea de admitere a cererii celor doi soți. Atât Codul civil, cât și Legea nr.36/1995, republicată și Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, stabilesc circumstanțele în baza cărora notarul public întocmește încheierea de admitere și eliberează certificatul de divorț. Conform prevederilor art. 273 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, „dacă soții stăruie în cererea de divorț și dacă, în acest sens, consimțământul lor este liber și neviciat, după autentificarea acordului părinților cu privire la copiii minori, notarul public întocmește o încheiere de admitere a cererii de divorț prin acordul părților, încheiere prin care se constată că aceștia își exprimă consimțământul liber și neviciat și sunt îndeplinite cumulativ și celelalte condiții legale prevăzute de Codul civil pentru desfacerea căsătoriei”, adică, inclusiv prezența personală a soților în fața notarului public. După întocmirea încheierii de admitere și semnarea acesteia chiar și de către soți, notarul public solicită „prin intermediul administratorului registrelor unice ale Uniunii, alocarea numărului pentru certificatul de divorț din Registrul unic al certificatelor de divorț, ținut de Ministerul Afacerilor Interne”³⁹. În privința certificatului de divorț, procedura stabilește ca acesta să se întocmească în șase exemplare⁴⁰, făcând „dovada desfacerii căsătoriei prin acordul soților, precum și a numelui pe care fiecare dintre soți îl va purta după divorț”⁴¹.

Notarul public are obligația ca după întocmirea certificatului de divorț să îndeplinească procedura transmiterii acestuia, într-un exemplar, registrului stării civile deținut de direcția județeană de evidență a persoanelor, iar un alt exemplar va fi înaintat registrului stării civile de la locul în care s-a încheiat căsătoria sau unde s-a transcris certificatul de căsătorie eliberat într-un alt stat, în acest din urmă caz, în vederea efectuării mențiunilor despre divorț în actul de căsătorie pentru realizarea formalităților de opozabilitate față de terți. Certificatul de divorț se trimite instituțiilor menționate într-un exemplar original

³⁸ Pentru o opinie contrară a se vedea D. Negrilă, *op. cit.*, p.290.

³⁹ A se vedea prevederile art. 275 alin. (1) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată.

⁴⁰ A se vedea prevederile art. 274 alin. (2) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată.

⁴¹ A se vedea prevederile art. 276 alin. (1) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată.

potrivit dispozițiilor Regulamentului de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată și nu o copie certificată a acestui înscris, astfel cum se precizează în cuprinsul art. 377 alin. (3) din Codul civil. Certificatul de căsătorie, deus la momentul cererii de divorț, se restituie soților purtând mențiunea desfacerii căsătoriei. De asemenea, notarul public comunică de îndată, în cazul admiterii cererii de divorț, în format electronic, soluția, în vederea închiderii poziției respective din Registrul Național de Evidență al Cererilor de Divorț (RNECD). Certificatul de divorț eliberat de către notarul public nu va cuprinde precizări privind culpa unuia dintre soți, reprezentând instrumentul prin care se face dovada desfacerii căsătoriei la data eliberării acestuia.

Totodată, se arată că certificatul de divorț nu cuprinde specificații privind bunurile soțiilor, aceștia putând încheia ulterior finalizării procedurii de divorț, tot prin acord, actul de lichidare a regimului matrimonial. Încetarea regimului matrimonial nu se suprapune cu momentul lichidării acestuia, astfel, conform art. 385 din Codul civil, „în cazul divorțului, regimul matrimonial încetează între soți la data introducerii cererii de divorț” sau chiar „la data separației în fapt” dacă a existat o cerere expresă în acest sens, spre deosebire de lichidare ce intervine ulterior încetării regimului matrimonial, adică după desfacerea căsătoriei, și stabilește cota de contribuție a fiecăruia dintre soți la dobândirea bunurilor comune, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune. Așadar, divorțul reprezintă o prima etapă în succesiunea finalizării inclusiv a raporturilor patrimoniale dintre foștii soți. Ca o axă a timpului putem stabili ca moment incipient, eliberarea certificatului de divorț și încetarea regimului matrimonial, cu efect retroactiv, adică la momentul depunerii cererii de divorț sau chiar a separării în fapt, urmată de lichidarea regimului și de un eventual partaj, lichidarea având doar rolul de stabilire a cotelor de contribuție a celor doi foști soți, iar partajul de atribuire în materialitatea lor și în mod exclusiv a bunurilor și datoriiilor existente în timpul căsătoriei.

Din punct de vedere patrimonial, soții a căror căsătorie se desface prin acord reciproc, în fața notarului public, nu beneficiază de acordarea despăgubirilor conform art. 388 Cod civil sau de o prestație compensatorie, așa cum instituția este reglementată de prevederile art. 390-395 Cod civil, întrucât în ambele cazuri este necesar ca unul dintre foștii soți să se facă vinovat de încetarea căsătoriei, iar divorțul pe cale notarială reprezintă posibilitatea ca ambii soți să decidă de comun acord momentul încetării conviețuirii lor, printr-o procedură simplificată, realizată cu celeritate.

Ca o ultimă soluție avută în vedere de legiuitor pentru finalizarea procedurii divorțului pe cale notarială, se regăsește respingerea cererii de divorț printr-o încheiere. Astfel, în cuprinsul art. 277 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, se arată motivele ce stau la baza întocmirii încheierii de respingere în procedura divorțului. Potrivit opticii noastre, aceste motive nu sunt limitative, regăsindu-se în cuprinsul art. 271 alin. (4) din același regulament și ipoteza în care nu a fost solicitată o încheiere de amânare, iar la termenul acordat de către notarul public niciunul dintre soți nu este prezent. Tot prin prisma acestui articol, putem sublinia un aspect esențial referitor la momentul solicitării încheierii de amânare. Astfel, conform textului menționat, „în caz de neprezentare a soților și în lipsa unei încheieri de amânare a acestora, notarul public respinge cererea de divorț

prin încheiere”, reiese ideea potrivit căreia soții pot solicita întocmirea unei încheieri de amânare în perioada termenului de reflecție, adică în intervalul de timp cuprins între data depunerii cererii și momentul fixat de notarul public pentru soluționarea acesteia, și nu doar la împlinirea termenului acordat inițial. Considerăm nefiresc acordarea mai multor termene de amânare, întrucât printr-o astfel de practică s-ar eluda voința legiuitorului și scopul acordării procedurii de divorț prin înțelegerea soților, în atribuțiile notarului public, adică de soluționare cu celeritate a cererii depuse de către cei doi soți.

Spre deosebire de procedura divorțului pe cale judiciară, în procedura notarială, încheierea de respingere, întemeiată pe motivele prevăzute de lege, nu poate fi atacată la instanța competentă, cu toate acestea conform art. 378 alin (2) din Codul civil, „soții se pot adresa cu cerere de divorț instanței de judecată, pentru a dispune desfacerea căsătoriei prin acordul lor sau în baza unui alt temei prevăzut de lege”.

Asemănător procedurii de admitere a cererii de divorț, și în cazul respingerii, notarul public are obligația de a comunica de îndată, încheierea, în format electronic, Registrului Național de Evidență a Cererilor de Divorț, în vederea închiderii poziției respective.

Rectificarea actelor întocmite pe parcursul procedurii notariale de divorț este supusă procedurilor de îndreptare a erorilor materiale și a omisiunilor vădite prevăzute de Legea notarilor publici și a activității notariale, cu excepția certificatelor de divorț, care potrivit art. 278 alin. (2) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată, vor fi supuse procedurii de rectificare din materia actelor de stare civilă. Astfel, conform dispozițiilor art. 182 din Hotărârea de Guvern nr. 64/2011 pentru aprobarea Metodologiei cu privire la aplicarea unitară a dispozițiilor în materie de stare civilă, actualizată⁴², „certIFICATELE DE DIVORȚ GREȘIT COMPLETATE SE RETRAG ÎN VEDEREA RECTIFICĂRII. DUPĂ RECTIFICARE, SE ELIBEREAZĂ CERTIFICATUL DE DIVORȚ CONFORM RECTIFICĂRII, IAR CEL GREȘIT COMPLETAT SE ANULEAZĂ. CERTIFICATELE DE DIVORȚ RETRASE ȘI ANULATE SE CLASEAZĂ LA DOSARUL DE DIVORȚ.”

VI. Concluzii

Pe parcursul studiului realizat am încercat surprinderea aspectelor de natură practică regăsite la nivelul procedurii divorțului pe cale notarială și modul prin care acestea se pliază pe dispozițiile legale în vigoare. Astfel, am reușit să evidențiem aspecte a căror reglementare necesită câteva modificări, aici subliniem valoarea opiniei contrare a minorului ascultat în procedura de divorț și dificultățile ce se ridică în cazul deplasării notarului public în afara sediului biroului notarial pentru finalizarea procedurii divorțului.

În literatura de specialitate, precum și în activitatea notarială actuală, asupra problemicii deplasării notarului public în vederea finalizării procedurii de divorț s-au conturat două opinii. De remarcat este ideea potrivit căreia finalizarea procedurii divorțului nu se poate realiza în afara sediului biroului notarial, indiferent de locul în care se află unul dintre soți, fie că avem în vedere un penitenciar, ori un spital. Argumentele aflate la baza unei astfel de susțineri sunt de natură procedurală, dar au în vedere și aspecte legate de

⁴² Publicată în Monitorul Oficial al României al României, Partea I, nr.151 din 2 martie 2011.

exprimarea consimțământului, astfel încât „datorită stării speciale în care se află unul dintre soți (grav bolnav sau executând o pedeapsă privativă de libertate), s-ar putea invoca ulterior o cauză de nulitate/anulabilitate a divorțului, pe motiv că acest consimțământ s-a dat într-o stare psihică specială care a influențat decizia de desfacere a căsătoriei”⁴³. Neavând norme în care să fie cuprinse, în mod expres, procedurile referitoare la deplasarea notarului public, în afara biroului notarial, pentru finalizarea divorțului, s-a conturat o asemenea de opinie, în încercarea găsirii unei soluții prielnice solicitanților serviciilor notariale, astfel încât să evidențieze voința lor reală, să se preîntâmpine divergențele ulterioare încheierii procedurii și să corespundă scopului avut în vedere de legiuitorul, acela al degrevării instanțelor judecătorești. Astfel, ar fi de preferat ca pe viitor legiuitorul se revină asupra instituției divorțului și să reglementeze sub aspect teoretic, ulterior transpus în activitatea practică de zi cu zi a notarului public, posibilitatea acestuia din urmă de a se deplasa în afara sediului biroului notarial, dar în circumscripția judecătoriei în care își are sediul biroului, în vederea luării consimțământului unuia dintre soți aflat în imposibilitate de deplasare. La momentul luării consimțământului, alături de notarul public, se impune a fi prezent și celălalt soț, personal, pentru ca acordul lor să fie dat împreună la desfacerea căsătoriei, astfel aplicându-se regulile simetriei formei de la momentul încheierii căsătoriei, atunci când, fiind un act juridic strict personal și condiție⁴⁴, ambii viitori soți și-au exprimat consimțământul personal, împreună, liber și nevițiat. Ar fi de preferat ca într-o procedură de divorț, ce urmează a se finaliza în cadrul unui spital ori al unui penitenciar, soțul aflat într-un astfel de mediu să fie consiliat de un specialist, psiholog, iar raportul acestuia să fie depus la dosarul de divorț, astfel încât notarul public să poată avea siguranța unui consimțământ nevițiat de situația atipică a respectivului soț. De asemenea, dacă notarul public competent în vederea desfacerea căsătoriei își are sediul biroului notarial în afara circumscripției în care se află soțul aflat în imposibilitate de deplasare, sugerăm constituirea unei comisii rogatorii formată dintr-un alt notar public al cărui sediu se află în circumscripția judecătoriei în care se află la acel moment soțul, în imposibilitate de deplasare. Procedura constituirii comisiei rogatorii ar putea avea ca model cea din cadrul efectuării inventarului succesoral⁴⁵ al bunurilor mobile ale defunctului, aflate în circumscripția altei judecătories decât a celei în care notarul public investit cu soluționarea procedurii își are sediul.

⁴³ D. Rotaru, *Procedura îndeplinită de notarul public în cazul constatării desfacerii căsătoriei prin acordul soților*, Supliment al Buletinului notarilor publici nr. 3-4/2015, p. 137.

⁴⁴ „Este acel act la a cărui încheiere părțile își exprimă voința numai în privința nașterii, conținutul acestuia fiind determinat de norme de la care părțile nu pot deroga” – G. Boroi, C. A. Angheliescu, *Curs de Drept civil – Partea Generală, Ediția a 2-a revizuită și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 123.

⁴⁵ A se vedea art. 105 alin. (3) din Legea nr. 36/1995, republicată coroborat cu art. 244 alin. 10) din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 36/1995, republicată.

II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE

Conferințele Facultății de Drept

1. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Cercul de Drept comparat și interdisciplinaritate, a organizat prezentările din seria *Drept și Etică*, în: octombrie 2018, „Flori pentru Algernon”, Daniel Keyes; noiembrie 2018, „Legea copiilor”, Jan McEwan; decembrie 2018, „Să nu mă părăsești”, Kazuo Ishiguro. Moderatorii prezentărilor: **Raluca Bercea** și **Alexandra Mercescu**.

2. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în ciclul „Prelegerile Facultății de Drept”, prelegerile cu temele *Internationalization of Criminal Law, European Criminal and Criminal Proceeding Law, Conventiona for the Protection of Human Roghts*, susținute de prof. dr. Marco Mansdörfer, Universităt des Saarlandes, Saarbrücken, Germania și dr. Richard Beyer, Avocat, BEYER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, în datele: 11 octombrie 2018, 12 octombrie 2018 și 15 octombrie 2018.

3. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în colaborare cu Facultatea de Drept a Universității din București, Conferința de proprietate intelectuală, Ediția 2, *Dreptul noilor tehnologii*, în data de 1 noiembrie 2018.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Răzvan Dincă**, Facultatea de Drept, Universitatea București – *Conceptul de originalitate sub impactul noilor tehnologii*; dr. **Michael Schlögl**, General IP Counsel RO, Continental Automotive Romania SRL – *Computer implemented inventions – The EPO approach*; lect. univ. dr. **Jozsef Kocsis**, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș- Bolyai-Cluj-Napoca – *Marca și numele de domeniu – confluențe și delimitări*; conf. univ. dr. **Cristian Clipa**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara – *Bazele de date ale administrației publice. Cum le protejăm? Cum le valorificăm?*; lect. univ. dr. **Nicoleta Rodica Dominte**, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, lector univ. dr. **Simona Catrinel Avarvarei**, Universitatea de Științe Agricole și Medicină Veterinară „Ion Ionescu de la Brad” din Iași – *Inteligența artificială și operele spiritului*; lect. univ. dr. **Violeta Stratan**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara – *Interesul general și protecția juridică a programelor de calculator*; asist. univ. dr. **Vladimir Diaconiță**, Facultatea de Drept, Universitatea din București – *Transformări legitime și transformări nelegitime ale programelor pentru calculator*; asist univ. dr. **Elena Lazăr**, Facultatea de Drept, Universitatea din București – *Atacurile cibernetice și reglementarea juridică lacunară a acestora în dreptul international*; conf. univ. dr. **Romeo Negrea**, Departamentul de Matematică, Universitatea Politehnică din Timișoara, conf. univ. dr. **Adrian Pugna**, Facultatea de Management în Producție și Transporturi, Universitatea Politehnică din Timișoara – *A model for valuing patents in a new product*; lect. univ. dr. **Flaminia Stărc Meclejan**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara – *Născut pentru a fi celebru. O poveste despre autor, operă și tehnologii*; prof. univ. **Gabriel Olteanu**, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova –

Precaritatea dreptului de autor la început de mileniu III; lect. univ. dr. Andreea Verțeș-Olteanu, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara – Proprietatea intelectuală și „autorii” subiecți non-umani; asist. dr. Dan-Adrian Cărămidariu, drd. Alexandra Bob, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara – Tehnologia blockchain, moneda bitcoin și standardizarea contractuală; conf. univ. dr. Adrian Circa, Facultatea de Drept, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu – Protecția dreptului de autor în spațiul virtual; lect. univ. dr. Alin Speriusi-Vlad, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara – Despre măsurile provizorii în materia drepturilor de proprietate intelectuală: cazul noilor tehnologii; dr. Lucian Poenaru, Facultatea de Drept, Universitatea din București – Comunicarea publică a operei în contextul propunerii de directivă privind dreptul de autor pe piața unică digitală.

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat Conferința internațională bienală, Ediția XII-a, Timișoara, 2-3 noiembrie 2018.

În cadrul Secțiunii Drept civil și drept procesual civil, *Buna-credință în dreptul privat*, au fost susținute următoarele lucrări: **Valeriu Stoica** (Universitatea din București) *Buna-credință în contextul proprietății aparente și în cel al publicității materiale; Răzvan Dincă* (Universitatea din București) *Buna-credință în vânzarea lucrului altuia; Mihai David* (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Buna-credință: un concept a cărui elasticitate riscă să îl lipsească de identitate; Irina Sferdian* (Universitatea de Vest din Timișoara) *Arbitrariul în exercitarea denunțării unilaterale a contractului; Sevastian Cercel, Ștefan Scurtu* (Universitatea din Craiova) *Buna-credință a părților*

la încheierea și executarea contractelor; Radu I. Motica, George Mara (Universitatea de Vest din Timișoara) *Răspunderea magistraților; Ana Juanita Goicovici* (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Buna-credință versus culpa creditorului în materia obligației de moderare a prejudiciului; Marius Floare* (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Rolul de supapă de siguranță al conceptului de bună-credință în dreptul privat; Doru Trăilă* (Universitatea din București/ TAMC – Attorneys at Law București; *Acceptarea forțată a moștenirii și buna-credință a*

moștenitorilor; Manuela Lavinia Istrătoaie (Universitatea din Craiova) *Buna-credință în reglementarea dreptului de preempțiune în Codul civil; Paul Popovici* (Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir” Cluj-Napoca) *Buna-credință în dobândirea protecției în materia proprietății industriale; Liviu Marius Harosa* (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Instituția administrării bunurilor altuia în dreptul românesc; Adina Buciuman* (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Accesiunea lucrărilor supuse autorizării; Florin Mangu, Codruța-Guzei Mangu* (Universitatea de Vest din Timișoara) *(Cât) contează buna-credință a făptuitorului la stabilirea răspunderii?; Sergiu Stănilă, Claudia Roșu* (Universitatea de Vest din Timișoara) *Considerații referitoare la Decizia nr. 60/2017, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept; Daniela Dana Moțiu* (Universitatea de Vest din Timișoara) *Buna-credință în executarea contractelor de muncă; Flaminia Stârc-Meclejan, Florina Popa* (Universitatea de Vest din Timișoara) *Libertatea de a NU contracta, un mit perimat?;*

Letizia Casertano (Universit  degli Studi dell'Insubria) *Profile de relevanță pentru principiul bunei-credințe în sisteme normative caracterizate de hiperspecializare și noi riscuri, cu o privire asupra perspectivei „iluminate” oferite de Codul civil italian*; **Cristina Pop** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Aspecte privind apariția, evoluția și aplicabilitatea bunei-credințe în dreptul roman*;

Șerban Diaconescu (Universitatea „Babeș- Bolyai” Cluj-Napoca) *Executarea cu bună-credință a contractului și interesul comun contractual, posibile interferențe*; **Maximilian-Andrei Druță** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Leziunea în lumina bunei-credințe*; **Mirela Carmen Dobrilă** (Universitatea „Al. I. Cuza” Iași) *Buna credință la negocierea contractelor. Context național și european*; **Anca Dumitrică** (Universitatea din Craiova) *Considerații asupra aplicabilității practice a art. 1683 Cod civil, privind vânzarea bunului altuia*; **Norbert Varga** (Universitatea din Szeged / Szegedi Tudományegyetem) *Fundamentele dreptului maghiar al cartelurilor*; **Kristóf Sziv s** (Universitatea din Szeged / Szegedi Tudományegyetem) *Principiile și efectivitatea noii reglementări maghiare a bunei-credințe în procedura civilă*; **Ioana Varga** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca / Mușat & Asociații, Cluj-Napoca Office) *Procedura prealabilă administrativă –  ntre utilitate și celebritate*; **Irina Călinescu** (Universitatea din Craiova) *Atingere adusă demnității, onoarei și reputației unei persoane. Faptă ilicită. Existența unui prejudiciu moral. Apreciera cuantumului prejudiciului creat drepturilor personalității în jurisprudența CEDO*; **Daniel Ghiță** (Universitatea din Craiova) *Conceptul de rea-credință în dreptul procesual civil*; **Mircea Ursuța** (Universitatea din Oradea) *Unele considerații cu privire la efectele deciziilor Curții Constituționale în materia procedurii civile*; **George Cristinel Zaharia** (Universitatea din Craiova) *Acordarea cheltuielilor de judecată, pe cale separată, în procesul civil*.

 n cadrul Secțiunii Dreptul afacerilor, *Reguli vs. standarde în dreptul afacerilor*, au fost susținute următoarele lucrări: **Gheorghe Piperea** (Universitatea din București) *Administrarea bunurilor altuia. Plasamente considerate sigure*; **Radu Rizoiu** (Universitatea din București) *Standardele:  ntre dorința de flexibilizare a dreptului și rigorile statului de drept*; **Sergiu Golub** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Administrarea bunurilor altuia – standard în materie de administrare?!?*; **Lucian Săuleanu** (Universitatea din Craiova) *Imperialismul conceptului de conflict de interese*; **Lucian Bercea** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Prudență, diligență, loialitate – 2 standarde și 1 regulă de administrare a societăților în insolvență iminentă?*; **Iulia Golgojan** (Universitatea din București / Piperea și Asociații) *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului privind persoana competentă să acționeze înainte a acesteia în reprezentarea unei societăți comerciale*; **Radu Bufan, Daniel Iovescu** (Universitatea de Vest din Timișoara / ABA

Management) *Evaluarea îndeplinirii condițiilor de conversie a creanțelor bugetare ale statului în acțiuni*; **Florin Moțiu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Rolul principiilor în procedurile de insolvență*; **Anca Buta** (Curtea de Apel Timișoara) *Exerciții de autoritate ale judecătorului sindic*; **Ștefan Lucaciuc** (Curtea de Apel Timișoara) * ndatoriri și standarde în exercitarea atribuțiilor administratorului / lichidatorului judiciar în procedura insolvenței*; **Codruț Savu** (Universitatea Transilvania din Brașov) *Câteva considerații privind modificările aduse Legii nr. 85/2014 prin OUG nr. 88/2018*; **Alexandra Bob** (Universitatea de Vest din

Timișoara) *Maximizarea averii debitorului – justificare pentru denunțarea unilaterală a contractelor în procedura insolvenței*; **Lucian Bojin** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Standardele ca formă de reglementare reziduală în dreptul societar*; **Gábor Szalay** (Universitatea din Pécs /Pécsi Tudományegyetem) *Impactul lipsei de transparență în mediul de afaceri – Postabank, i.e. Enron-ul maghiar analizat din perspectiva guvernantei corporative*; **Flaminia Stârc-Meclejan** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Business is business. Reprezentarea mai multor societăți, între standardele corporative și regulile noului Cod civil*; **Marian Bratiș** (Curtea de Apel Timișoara) *Aprecieri jurisprudențiale asupra regulilor și standardelor de conduită în afaceri. Exemple din societăți, contracte, concurență*; **Dragoș Călin** (SIF Transilvania) *Completarea ordinii de zi a unei ședințe a adunării generale a acționarilor printr-un act administrativ individual emis de către Autoritatea de Supraveghere Financiară*; **Dan-Adrian Cărămidariu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *„Am înțeles și accept toții termenii și toate condițiile.” Despre analiza economică a contractelor standard.*

În cadrul Secțiunii Dreptul familiei, *Familia „ne-tradițională”*. *Implicații juridice*, au fost susținute următoarele lucrări: **Violeta Stratan** (Universitatea de Vest din Timișoara) *File din istoria dreptului: o cronică a familiei românești*; **Emanuel Tăvală** (Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu) *Cât de netradițională este familia tradițională ?*; **Dana Busini** (Țuca Zbârcea & Asociații) *Familia „ne-tradițională”. Implicații juridice*; **Nadia Aniței** (Universitatea „Dunărea de Jos”) *Ce efecte ar putea produce recunoașterea căsătoriei între persoanele de același sex pe teritoriul României?*; **Lavinia Tec** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Legalizarea cuplurilor homosexuale. Implicații juridice*; **Călina Jugastru** (Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu) *Aplicarea Regulamentului (UE) 2016/1104. Câteva ipoteze dificile*; **Oana Ghiță** (Universitatea din Craiova) *Jurisprudența europeană în materia parteneriatului civil și a căsătoriei persoanelor de același sex v. Codul civil român*; **Cristiana-Mihaela Crăciunescu** (Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române) *Dinamica relațiilor personale ale copiilor în cadrul familiei recompuse*; **Laura Cetean-Voiculescu, George Mara** (Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia) *Ordinul de protecție: considerații privitoare la oportunitate și importanța ca măsură de ocrotire a familiei și combatere a violenței domestice*; **Silvia Iosa** (Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia) *Regimul comunității de bunuri al soților în reglementarea Codului familiei și a Codului civil român*; **Alexandru Doroș** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Convenția matrimonială între judecată și prejudecată*; **Gabriela Ghile** (Universitatea „Babeș- Bolyai” Cluj-Napoca) *Familia „netradițională”. Implicații în materia actelor juridice civile*; **Oana Motica** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Implicațiile juridice ale Legii din 17.05.2013 asupra drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor în dreptul francez*; **Anca Muntean** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Curențe de reglementare a raporturilor juridice de familie – tradiționalismul și modernismul*; **Cristina Nicolescu** (Universitatea din București) *Familia tradițională în derivă? Variațiuni mioritice pe o temă europeană*; **Dana Diaconu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Finalitatea juridică a familiei*; **Adina R. Motica** (Universitatea de Vest din Timișoara) *„Minunata lume nouă” sau noile ideologii privind familia.*

În cadrul Secțiunii Drept public, *Contractele publice. Mecanisme, reguli, standarde*, au fost susținute următoarele lucrări: **Simona Gherghina** (Universitatea din București) *Declinul diversității. Dificultăți ale distincției între contractele publice (Achiziții publice, Concesiuni, Parteneriat Public-Privat)*; **Simona Petrișor** (Bondoc și Asociații) *Finanțatorul în Parteneriatul Public-Privat. Oportunități și vulnerabilități pentru acesta rezultând din OUG 39/2018*; **Alexandru Ciobanu** (Universitatea din București) *Revelații și experimente legislative în materia contenciosului contractelor administrative – privire specială asupra modificărilor aduse prin Legea nr. 212/2018*;

Ovidiu Podaru (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Un model teoretic al contractului administrativ. Câteva repere esențiale*; **Cristian Clipa** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Tipuri de acțiuni în contenciosul contractelor publice. Cum și de ce alegem?*; **Verginia Vedinaș** (Universitatea din București) *Modificări aduse de Legea nr. 212/1998 privind contractele administrative: între inovație și experiment*; **Dan Constantin Măță** (Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași) *„Biatlonul judiciar”: instanța competentă în litigiile privind încheierea, executarea și încetarea contractelor administrative*; **Maria Mihaela Pop** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Contractul administrativ -un tărâm (aparent) interzis excepției de nelegalitate*; **Alin Trăilescu, Anton Trăilescu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în litigii privind contractele de achiziție publică*; **Tiberiu Medeanu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Regimul exportului de deșeuri prin prisma reglementării din Directiva 2006/12/CE a Parlamentului European*; **Máté Pétervári** (University of Szeged) *Baza istorică a sistemului maghiar de administrație publică*; **Marilena Ene** (Universitatea din București) *Contractul de delegare a gestiunii serviciului public*; **Anda Narcisa Bachiș** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Măsurile provizorii în contractele administrative: iluzie sau realitate?*; **Mihai Dogaru** (Universitatea din Craiova) *Achiziții publice. Aspecte referitoare la modul de interpretare a unor termeni / clauze contractuale – FIDIC cartea roșie. Rolul Curții de Conturi a României în încălcarea principiului securității raporturilor juridice*; **Anca-Ioana Boariu** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Privilegiul prealabilului și consistentele sale limite în materia contractelor administrative*; **Radu Odangiu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Legalitate și oportunitate în modificările aduse Legii nr. 101/2016*; **Raluca Camelia Voinea** (Universitatea din Craiova) *Programele de finanțare din bani publici. Analiză și constatări*.

În cadrul Secțiunii Drept penal, *Previzibilitatea legislației și jurisprudenței în materie penală*, au fost susținute următoarele lucrări: **Daniel Nițu** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Aspecte controversate privind reabilitarea*; **Viorel Pașca** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Despre independența procurorilor în procedurile penale din Europa*; **Lucian Criste** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Previzibilitatea soluțiilor în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției*; **Dorina Gurev** (Universitatea de Stat din Moldova) *Este sau nu previzibilă norma privind răpirea unei persoane (art. 164 Codul penal al Republicii Moldova)?*; **Ludmila Dumneanu** (Universitatea de Stat din Moldova) *Evoluția reglementărilor penale privind circulația ilegală a drogurilor, etnobotanicelor sau analogii acestora*; **Vladimir Grosu** (Universitatea de Stat din Moldova) *Noțiunile de „cauciuc” din legea penală: cum garantăm claritatea și previzibilitatea?*; **Silvia Signorato** (Universităt

degli Studi di Padova) *Justiția penală predictivă*; **Zoran Pavlović** (Universitatea din Novi Sad) *Modificările la Codul penal, continuitate juridică și principiul legalității – cazul Serbiei*; **Milica Kolaković-Bojović, Elena Tilovska Kecheđi** (Institute of Criminological and Sociological Research and Faculty of Law- PEM University Sarajevo / University St. Kliment Ohridski – Bitola Rejhan Kurtović International University - Novi Pazar) *Discreția procurorilor și predictibilitatea legală*; **Snezhana Mojsoska** (Faculty of Security Skopje) *Politici economice și monetare ale Uniunii Europene: pași de urmat către integrarea Macedoniei*; **Nikola Dujovski** (Faculty of Security Skopje) *Standardele Uniunii Europene în domeniul libertății, securității și justiției – Noi provocări pentru Balcanii de Vest*; **Laura Stănilă** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Principiul legalității: de la lex scripta la lex certa*; **Manuela Gornoviceanu** (Țuca Zbârcea & Asociații) *Previzibilitatea legislației și jurisprudenței în materie penală*; **Victor Moraru** (Universitatea de Stat din Moldova) *Probleme privind previzibilitatea unor infracțiuni contra justiției*; **Mădălina Dănișor** (Universitatea din Craiova) *O perspectivă metodologică asupra definirii dreptului penal*; **Gheorghe Ulianovschi** (Universitatea de Stat din Moldova) *Reflecții asupra previzibilității infracțiunii de spălare a banilor incriminată în art. 243 Cod Penal al Republicii Moldova*; **Livia Călin** (Universitatea din Craiova) *Considerații asupra obiecțiilor de neconstituționalitate a Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală*; **Nicolae Grofu** (Academia de Poliție „Al. I. Cuza” București) *Unele considerații privind implicațiile Deciziei Curții Constituționale nr. 363 din 7 mai 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale asupra practicii organelor judiciare*; **Ioan-Laurențiu Vedinaș** (Institutul de Științe Administrative Paul Negulescu) *Activitatea desfășurată de organele de poliție – între bună-credință, profesionalism și exces de zel*; **Mihaela Tomiță** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Resocializare-reintegrare-reabilitare. Între previzibilitate și eficiență în sistemul justiției penale*; **Adrian Fanu-Moca** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Elementul material al infracțiunii de trafic de influență*; **Cristian Miheș** (Universitatea din Oradea) *Câteva considerații asupra necesității adaptării unor instituții tradiționale ale dreptului penal în condițiile societății dominate de tehnologia informației*; **Darian Rakitovan, Marina Brașovan Delić** (Notary public /Senior Judicial Assistant – Higher Court of Pancevo) *Comportamentul incoerent al curților din districtul Banatului de Sud în cazuri penale de malpraxis reglementat de art. 251 din Codul penal al Republicii Serbia*; **Flaviu Ciopec** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Previzibilitatea legislației și jurisprudenței în materie penală. Analiză statistică*; **Voicu Pușcașu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Inconsecvențe de viziune legislativă și jurisprudențială în materia executării pedepselor privative*; **Florentina Muțiu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Previzibilitatea legii penale. Repere actuale*; **Ioana Pașca** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Răspunderea persoanei juridice în dreptul penal internațional*; **Carmen Domocoș** (Universitatea din Oradea) *Necesitatea și previzibilitatea incriminării omisiunii în noul Cod penal*; **Cristina Nicorici** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Comisiunea prin omisiune și principiul legalității incriminării*.

În cadrul Secțiunii Drept european și internațional *Jurisdicțiile internaționale și spranaționale*, au fost susținute următoarele lucrări: **Valentin Constantin** (Universitatea de

Vest din Timișoara) *Fragilitatea mecanismelor de echilibrare a puterilor*; **Marius Bălan** (Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași) *Relevanța mecanismelor jurisdicționale internaționale și europene pentru protecția minorităților naționale*; **Laura-Maria Crăciunean** (Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu) *Repere în jurisprudența Comitetului ONU pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale*; **Carmen Moldovan** (Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași) *Considerații referitoare la imunitatea de jurisdicție a statelor*; **Elena Lazăr** (Universitatea din București) *Jurisdicția asupra actelor de terorism în dreptul internațional - provocări și controverse*; **Vincenzo Carbone** (Universita degli Studi Internazionali di Roma) *Protecția contribuabililor între Curtea Europeană și justiția internă*;

Saša Knežević, Ivan Ilić (Universitatea din Niš) *Impune Art. 2 al Convenției Europene a Drepturilor Omului o interdicție absolută a pedepsei capitale? Impactul practicii recente a Curții Europene a Drepturilor Omului*; **Lucian Bojin** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Dreptul internațional politic și non-politic la Hans Morgenthau*; **Teodor Papuc** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Există o ierarhie a drepturilor în sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului?*; **Diego Di Giuseppe** (Centro de Investigação Ratio Legis Universidade Autónoma de Lisboa) *Lupta împotriva fraudei în materie de TVA în Portugalia*.

În cadrul Secțiunii Drept comparat și interdisciplinaritate, *Valori, idei și mentalități în drept, de la 1918 la 2018*, au fost susținute următoarele lucrări: **Dan Claudiu Dănișor** (Universitatea din Craiova) *Inflația normativă – o schimbare de paradigmă*; **Diana Ionescu** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Evoluția culturii procesual penale în România ultimilor 100 de ani. Spre următorii 100*; **Cristina Nicoric** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Răspunderea penală pentru insultă și calomnie în România: 1918 vs 2018*; **Alexandra Mercescu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *O contra-istorie a drepturilor omului sau „A Philosopher Passing Through Paris...”*; **Dan-Adrian Cărămidariu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Dreptul și economia de piață: un secol de căutări, derive și neîmpliniri*; **Raluca Bercea** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Despre frumusețea uitată a dreptului*; **Monica Popa** (Universitatea din București) *Identitatea națională și dreptul românesc astăzi – interferențe accidentale sau priorități asumate?*; **Florentin Țuca** (Țuca Zbârcea & Asociații) *Dreptul, înspre Orwell*; **Adina Buciuman** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Teoria dreptului. Între știință și dogmatică*; **Manuel Guțan** (Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu) *Constituționalismul tendențial – o constantă a evoluției constituționale românești ante și postcomuniste*; **Ovidiu Podaru** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Jurisprudența unitară: deziderat suprem sau... mitralieră de „ciuruit” justițabili?*; **Cristian Clipa** (Universitatea de Vest din Timișoara) *100 de ani de căutări: raportarea administrativștilor români la marile literaturi juridice europene*; **Laura Gheorghiu** (Karl Franzens Universität Graz) *Eugen Ehrlich sau pluralismul juridic într-o eră a naționalismelor*; **Lavinia Tec** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Familia în 1918 vs. familia în 2018*; **Andreea Verteș-Olteanu** (Universitatea de Vest din Timișoara) *100 de ani de creștere și descreștere a valorii intimității*; **Nicoleta Rodica Dominte, Simona Catrinel Avarvarei** (Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași / Universitatea I. I. de la Brad Iași) *Reverberațiile juridice ale modernizării dreptului de autor în viziunea lui Ezra Pound*; **Septimiu Ioan Puț** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) *Mentalitățile și sportul – izvoare reale ale dreptului obiectiv*;

Diana-Domnica Dănișor (Universitatea din Craiova) *Metafora vulnerabilității în drept;*
Veronica Rebreanu (Universitatea „Babeș- Bolyai” Cluj-Napoca) *Ce-ar fi dacă?.*

În cadrul Secțiunii Drept internațional privat, *Dreptul internațional privat în secolul 21: evoluții spre și dinspre Europa*, au fost susținute următoarele lucrări: **Stephan Rammeloo** (University of Maastricht) *Înspre o curte comercială europeană;* **Nino Sievi** (CMS von Erlach Poncet AG Zurich) *Apariția curților comerciale internaționale în Europa și Asia;* **Serghei Rusu** (Universitatea de Stat din Moldova) *Regimul juridic al valorilor mobiliare în dreptul internațional privat: aspecte de drept comparat;* **Iveta Rohova** (Masaryk University) *Legea aplicabilă concurenței neloiale în cazuri transnaționale: o bătălie cu privire la predictibilitate sau siguranța juridică (perspectiva EU PIL);* **Silvia Marino** (Universita degli Studi dell'Insubria) *Obligațiile de întreținere: Uniunea Europeană, Convenția de la Lugano și Convenția de la Haga;* **Alina Oprea** (Universitatea „Babeș- Bolyai” Cluj-Napoca) *Accesul la justiție în divorțurile internaționale și viitoarea reformă a Regulamentului Bruxelles 2 bis;* **Octav Eusebiu Dănilă** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Elemente de extraneitate în procedura succesorală notarială;* **Violeta Cojocaru** (Universitatea de Stat din Moldova) *Procedura de exequatur în materia succesiunilor;* **Flavius Boar** (College juridique franco-roumain) *Recunoașterea internațională a situațiilor sau amurgul suveranității conflictuale?;* **Adrian Crețu** (Academia de Științe a Republicii Moldova) *Buna-credință în dreptul comerțului internațional;* **Bence Krusoczki** (University of Szeged) *Implementarea concurenței neloiale de către Curtea de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț a Budapestei;* **Sergiu Popovici** (Universitatea de Vest din Timișoara) *Crearea de competențe în dreptul comercial: rolul educației juridice de drept internațional privat.*

5. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în ciclul „Prelegerile Facultății de Drept”, prelegerile *LAW, LAWYERING AND LEGAL EDUCATION – CHALLENGES OF AN ETHICAL PROFESSION IN DIFFERENT CULTURES*, susținute în data de 27 noiembrie 2018 și 29 noiembrie 2018, de dr. **DR. Zsofia PATYI**, University of Szeged, Ungaria.

III. ȘCOALA DOCTORALĂ

Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara

Sușineri teze de doctorat:

1. În data de 13 iulie 2018, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat *„Recunoașterea vinovăției și implicațiile sale în dreptul penal și procesual penal”*, elaborată de doctorandul Balaș P. Lucian, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Viorel Pașca.

2. În data de 22 noiembrie 2018, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat *„Evitarea dublei impuneri internaționale a profiturilor întreprinderilor”*, elaborată de doctorandul Dumiter G. Florin, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Radu Bufan.

3. În data de 14 decembrie 2018, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat *„Problema de compatibilitate dintre procedura insolvenței și Codul de procedură civilă”*, elaborată de doctoranda Deli M. Andreea, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Radu Bufan.

4. În data de 14 decembrie 2018, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat *„Criterii și teorii cu privire la existența succesiunii de legi penale în timp”*, elaborată de doctorandul Nefliu I. Ionuț, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Viorel Pașca.

5. În data de 21 decembrie 2018, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat *„Acțiunea penală – între oficialitate și oportunitate”*, elaborată de doctorandul Graur I. Matei, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Viorel Pașca.

IV. APARIȚII EDITORIALE

În a doua parte a anului 2018, au fost publicate mai multe lucrări elaborate de cadre didactice ale Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.

Apariții editoriale în străinătate

Alexandra Mercescu, *Pour une comparaison des droits indisciplinée*, Helbing Lichtenhahn Verlag (Basel, Elveția), 2018.

Demers intelectual ce vizează gândirea alterității juridice, comparația drepturilor prezintă, de asemenea, ambiții practice. Cu toate că în *curricula* multor facultăți de drept din spațiul continental, dreptul comparat rămâne o disciplină marginală, entuziasmul pentru acest domeniu nu a încetat să crească pe parcursul ultimelor două decenii. Astăzi, comparația este vehiculată din ce în ce mai mult, atât de instanțele internaționale cât și de cele naționale, de judecători care invocă aparenta similitudine între diferitele sisteme juridice pentru a-și investi deciziile cu o autoritate persuasivă suplimentară, dar și de către economiști care pretind că dreptul poate pune capăt sărăciei națiunilor, fără a-i menționa pe univesitarii care doresc să găsească, pe baza unei analize comparative, un fond comun al sistemelor juridice europene în scopul elaborării unui Cod civil european. În lumina acestor mize teoretice cât și practice, chestiunea epistemologiei comparației drepturilor dobândește o importanță cu atât mai semnificativă. Inspirându-se din numeroase studii referitoare la epistemologia și metodologia interdisciplinarității, această carte explorează avantajele dar și limitele unei comparații juridice interdisciplinare, sensibilă la înrădăcinarea culturală a dreptului, pentru a ajunge la reflecții interdisciplinare care se despart de paradigma intelectuală dominantă în domeniul comparației drepturilor fiind astfel susceptibilă să conducă la o mai bună înțelegere a mizelor cercetării comparative în epoca globalizării.

Apariții editoriale în România

1. Valori, idei și mentalități în drept, de la 1918 la 2018, Coordonatori volum: Raluca Bercea și Alexandra Mercescu.

Volumul cuprinde următoarele lucrări: **Raluca Bercea**, *Despre frumusețea dreptului (Valori, idei și mentalități în drept, de la 1918 la 2018)*; **Dan Cărămidariu**, *Dreptul și economia de piață: un secol de căutări, derive și neîmpliniri*; **Lucian Bercea**, *Între două lumi: o perspectivă non-ficțională asupra contractului*; **Andreea Verțeș-Olteanu**, *Creșterea și descreșterea valorii intimității*; **Lavinia Tec**, *Familia în 1918 versus familia în 2018*; **Diana Ionescu**, *Cultura procesual penală în România ultimilor 100 de ani. Spre următorii 100*; **Cristina Nicorici**, *Insulta și calomnia de la 1918 la 2018*; **Alexandra Mercescu**, *Dezuniversalizând lumea, culturalizând dreptul*; **Adina Buciuman**, *Teoria dreptului, între știință și dogmatică*; **Diana Botău**, *Prin Oglindă, în partea nevăzută a dreptului*; **Florentin Țuca**, *Femeie însărcinată sau persoană însărcinată?... Despre criza limbajului politic și juridic contemporan*; **Dan Claudiu Dănișor**, *Inflația normativă – o schimbare de paradigmă*; **Ovidiu Podaru**, *Jurisprudența unitară – deziderat suprem sau ... mitralieră de ciuruit justițiabili?*;

Manuel Guțan, *Constituționalismul tendențial – o constantă a evoluției constituționale românești ante- și postcomuniste*; **Diana Dănișor**, *Metafora vulnerabilității în drept*.

Editoarele: În celebrul său Dicționar al ideilor primite de-a gata, Flaubert scrie despre drept [*le droit*] – ca și despre „clarobscur”, „infinitesimal” sau „contralto” – *on ne sait pas ce que c’est*. Or, dacă, în absența unor substantive pe care le-ar determina, adjectivele din această enumerare ar putea admite vălul de imprecizie care le acoperă sensul, cu greu ne-am aștepta ca un domeniu cu coerența remarcabilă a dreptului să fie obiect al unei ignoranțe cvasigenerale.

Și, totuși, ermetismul dreptului, a cărui puritate ar reprezenta *per se* o „calitate”, este întreținut de una dintre convențiile cele mai puternice ale doctrinei, al cărei ochi, lucind omniprezent, precum cel al poetului, cu „uitătură indiscretă între pagine de op”, veghează (și) la menținerea intangibilității domeniului:

„Cum privește biologul goangele la microscop Heisenberg grăia cu minte că nu-i chip a cerceta Fenomene subatomice fără a le-nfluența. La fel eu, de vreu o lume vie să o ticluiesc. Nice voie am vreodată nici s-ating nici să privesc”.

Împotriva acestui ermetism militează colecția de față. Alegând să scrie „De-a dreptul”, autorii textelor publicate sub acest titlu general își asumă răspicat gestul ridicării vălurilor care le acoperă disciplina, al denunțării convențiilor, neavând, totuși, pretenția că relevă Dreptul, ci scriind despre acesta, o poziție relativistă, dar nu mai puțin angajantă (în fond, „Nici un story nu se leagă de nu crezi în adevăru-i”).

2. Lucian Bojin, *Manual de relații și organizații internaționale pentru studenții la drept*, Editura Universității de Vest din Timișoara., 2018

Este un manual introductiv în materia relațiilor și organizațiilor internaționale, tratată ca materie de științe politice, dar foarte utilă pentru studenții la drept pentru a înțelege natura și caracterul specific al dreptului internațional public și al dreptului Uniunii Europene.

3. Tiberiu-Constantin Medeanu (coautor), *Asistența integrată a victimelor traficului de persoane*, Editura Sitech, Craiova, 2018.

Volumul respectiv constituie suport de curs pentru una din materiile de la programul postuniversitar de specializare „*Protecția și asistența integrată a victimelor traficului de persoane*”, desfășurat de Facultatea de sociologie și psihologie a Universității de Vest din Timișoara.

Traficul de persoane constituie principala componentă a crimei organizate, atingând în ultimii ani cote alarmante, astfel că există numeroase argumente pentru a fi inclus în categoria criminalității transfrontaliere organizate. În acest sens pledează pericolozitatea și amplificarea acestui fenomen, trecerea de la modalitățile regionale la cele globale, diversificarea modului de acțiune prin interferență cu migrația, reglementările cu caracter internațional din acest domeniu, înființarea unor organisme judiciare interstatale și cooperarea la nivel internațional.

Pericolozitatea deosebită a traficului de persoane este justificată de faptul că prin intermediul unor tehnici clandestine în permanentă îmbunătățire, traficanții transformă

statutul civil al unor persoane traficate în simple obiecte sau bunuri, folosite, exploatate și vândute după bunul plac.

Secțiunea intitulată „*Traficul de persoane, ca formă a criminalității transfrontaliere*” include capitolele intitulate: *Amploarea și diversitatea traficului de persoane; Formele principale ale traficului transfrontalier de persoane; Evoluția traficului transfrontalier de persoane; Cauze ale traficului transfrontalier de persoane; Principalele reglementări internaționale care relevă caracterul transfrontalier al traficului de persoane; Principalele organisme și instituții implicate în combaterea traficului transfrontalier de persoane.*

4. Adina R. Motica (coautor) *Admiterea în notariat-Teste grilă și sinteze teoretice, Ediția a 4-a revizuită și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2018.

Special pentru studenții și candidații care se îndreaptă spre pregătirea examenelor de admitere în una dintre profesiile juridice, autoarele au încercat să ușureze calea spre promovarea acestor examene prin publicarea ediției a patra, revizuită și adăugită, a lucrării **Admiterea în notariat. Teste grila și sinteze teoretice**. Pe lângă actualizările necesare, impuse de ultimele modificări legislative, un alt element de noutate îl constituie cele peste 100 de grile noi din materia dreptului civil și a dreptului procesual civil.

Astfel, prezenta ediție cuprinde:

- sinteze teoretice de drept notarial pentru pregătirea temeinică a concursului în concordanță cu ultimele modificări legislative din domeniul dreptului notarial, fiind revizuite potrivit Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, republicată în martie 2018;

- teste grilă în materia dreptului notarial, a dreptului civil și a dreptului procesual civil, cu una sau două variante corecte de răspuns, cu explicațiile aferente atât din literatura de specialitate, cât și din actele normative în vigoare;

- modele recapitulative realizate după tiparul subiectelor de examen, fiecare cuprinzând câte 100 de întrebări tip grilă din toate materiile regăsite în tematica pentru susținerea examenului de admitere în notariat;

- tematica și bibliografia examenului sau concursului privind dobândirea calității de notar stagiar.

Prin modalitatea de structurare a prezentului material, candidatul sau studentul va putea parcurge și asimila cu mai mare ușurință și eficiență informațiile necesare, având în permanență și posibilitatea verificării acestora.

5. Adina R. Motica, *Dreptul civil al familiei. Raporturile nepatrimoniale. Curs teoretic și practic, Ediția a II-a, revăzută și adăugită*, Editura Universul Juridic, București, 2018.

Scopul lucrării este acela de a facilita înțelegerea și însușirea instituțiilor de dreptul civil al familiei, pentru cei care se inițiază în acest fascinant domeniu al dreptului. În realizarea acestui scop s-a încercat aducerea normelor de drept și a noțiunilor juridice în viața de zi cu zi, acolo unde întâlnim toate raporturile pe care viața de familie le generează, făcându-se trecerea de la cultura de specialitate la însăși punerea lor în practică, rezultatul fiind, un instrument de lucru eficient, care abordează în paralel chestiunile teoretice și pe

cele practice, într-o manieră cât mai apropiată de ceea ce așteaptă astăzi studenții de la o astfel de lucrare.

Lucrarea nu are însă un caracter pur teoretic – așa cum rezultă chiar din titlul său –, ci și un nuanțat caracter practic, prezentând, pe de o parte, unele „spețe” create pentru a face legătura cu noțiunile teoretice explicate, solicitând studenților soluții concrete la probleme de drept pe care acestea le ridică, iar pe de altă parte, prin includerea unor soluții apreciate a fi mai semnificative din practica judiciară, mai nouă sau mai veche, publicate sau nepublicate până acum, spre a fi analizate și discutate cu studenții în dezbaterile seminariale.

Pentru verificarea informațiilor asimilate, în cuprinsul lucrării au fost incluse 350 de grile, precum și o serie de întrebări de verificare a cunoștințelor, destinate fixării noțiunilor de drept prezentate.

6. Adina R. Motica, Lavinia Tec (coautori) *Autoritatea părintească. Între măreție și decădere*, Editura Solomon, București, 2018,

Volumul abordează chestiunile spinoase în materia exercitării autorității părintești, pe fondul unor crize și conflicte personale acute între părinți, care pun în discuție interesul superior al copilului. Deși nucleul central rămâne cel al exercitării în comun a autorității părintești, practica a reliefat că cele mai active și puternice focare de conflict apar și se dezvoltă pe segmentul exercitării dreptului de a avea legături personale cu minorul și al contribuției la creșterea și educarea copilului, de unde se extind în toată aria proceselor civile (exercitarea unilaterală a autorității părintești, schimbarea locuinței copilului, obligarea la penalități de întârziere și executări silite, ordin de protecție, răpire civilă internațională de minori, decădere din exercițiul drepturilor părintești), precum și a plângerilor penale soldate, din nefericire, cu condamnarea penală a unuia dintre părinți.

Autorii articolelor sunt cadre didactice și practicieni, juriști și psihologi consacrați în domeniul familiei și al protecției drepturilor copilului. Mesajul final pe care lucrarea îl transmite este cel de conștientizare a faptului că măreția de a fi părinte este un dat al naturii și al legii care implică responsabilitate, dar calitatea relațiilor personale reale de familie nu este un dat, ci se construiește sau se degradează în funcție de faptele fiecăruia.

7. Florin Moțiu, Daniela Moțiu, Laura Stănilă (coautori), *Admiterea în magistratură și avocatură. Culegere de subiecte cu explicații ale variantelor de răspuns*, Editura Universul Juridic, București, 2018.

Subiectele selectate, respectând structura examenelor pe care se bazează astăzi concursurile de admitere în profesiile juridice, la care se adaugă și explicațiile tuturor variantelor de răspuns, vor permite simularea examenelor/concursurilor de admitere în profesiile juridice, precum și gestionarea emoțiilor specifice acestora.

Subiectele conțin **explicații ale tuturor variantelor de răspuns**, avându-se în vedere:

- soluționările contestațiilor la baremul de notare și evaluare;
- modificările legislative și dispozițiile legale în vigoare;
- decizii ale Curții Constituționale, recursuri în interesul legii, doctrină etc.

Explicațiile sunt poziționate la finalul fiecărui chestionar anual, permițându-se astfel o verificare reală a cunoștințelor, precum și o simulare a punctajului.

8. Constantin D. Popa, Sergiu Căileanu, *Proceduri alternative de soluționare a disputelor*, Editura Universității de Vest, Timișoara, 2018.

Prezentul material reprezintă răspunsul autorilor față de lipsa unui material textual explicit dedicat metodelor alternative de soluționare a litigiilor în lucrările de specialitate dedicate procedurii civile. Un astfel de răspuns era necesar, deoarece procedura civilă se găsește în ultimii ani într-un amplu proces de reformare, proces determinat de adoptarea unui nou Cod de procedură civilă. De asemenea, nu trebuie neglijate nici schimbările mai puțin mediatizate, dar la fel de importante, precum adoptarea unor noi Reguli de procedură arbitrală de Către Curțile de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României începând cu 1 Ianuarie 2018.

Departate de a constitui un instrument de lucru exhaustiv, prezenta lucrare își propune o abordare sintetică a principalelor texte de lege care consacră și reglementează alternativele pe care justițiabilii le au față de clasicul proces judiciar, însoțite de comentarii și de explicații acolo unde acestea erau necesare. În acest context, autorii au dorit crearea unui punct de plecare, o bază care poate constitui un punct de plecare a cercetării în domeniu.

Abordând subiectul într-o manieră sintetică, lucrarea se adresează în principal studenților Facultăților de Drept din România iar metoda de redactare urmărește să le faciliteze procesul de asimilare și de înțelegere a instituțiilor fundamentale care stau la baza procedurilor speciale de soluționare a litigiilor.

În consecință, această lucrare constituie un instrument de lucru rapid și eficient prin care viitorii juriști își pot forma o imagine de ansamblu asupra metodelor pe care legea le oferă ca alternative procedurii desfășurate în sala de judecată.

9. Constantin D. Popa, Sergiu Căileanu, *Proceduri speciale în dreptul afacerilor*, Editura Universității de Vest, Timișoara, 2018.

Prezenta lucrare își propune prezentarea, în mod schematic, a principalelor proceduri judiciare prevăzute de lege în domeniul dreptului afacerilor. Astfel, în cuprinsul lucrării, cititorii vor putea regăsi atât clasicele proceduri rapide, precum ordonanța președințială sau ordonanța de plată, dar și considerații realizate pe marginea arbitrajului sau a contenciosului administrativ.

Departate de a fi un instrument de lucru exhaustiv, lucrarea își propune o analiză a principalelor texte de lege care consacră aceste proceduri speciale, astfel cum sunt ele prevăzute în noul Cod de procedură civilă și în legislația specială, însoțite de comentarii și explicații ale autorilor acolo unde acestea au fost necesare. Mai mult, aceste explicații sunt susținute și de prezentarea jurisprudenței relevante în materie, organizată la rândul ei pe materii.

Lucrarea se adresează în principal studenților și masteranzilor Facultăților de Drept din România iar metoda de redactare schematizată și ordonată pe materii urmărește să le faciliteze procesul de asimilare și de înțelegere a mecanismelor de funcționare care stau la baza procedurilor speciale de soluționare a litigiilor între profesioniști.

În consecință, această lucrare constituie un instrument de lucru util prin care viitorii juriști își pot forma o imagine de ansamblu asupra procedurilor speciale prevăzute de lege în materia dreptului afacerilor.

10. Claudia Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială, Ediția 8*, Editura C., H. Beck, București, 2018.

Republicarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, intervenția instanței de contencios constituțional și a instanței supreme, adoptarea Statutului profesiei de mediator, au condus la modificări de esență ale mai multor părți din cursul de *Drept procesual civil. Partea specială*.

Menționăm în acest sens **deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție**, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept (Decizia nr. 55/2017; Decizia nr. 66/2017; Decizia nr. 73//2017) și Completul competent să judece recursul în interesul legii (Decizia nr. 3/2017; Decizia nr. 17/2017), **deciziile Curții Constituționale** (Decizia nr. 369/2017; Decizia nr. 321/2017), precum și ultimele modificări aduse prin **Legea nr. 17/2017** privind aprobarea O.U.G. nr. 1/2016 pentru modificarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a unor acte normative conexe.

Aceste modificări au determinat în **Ediția 8**, reanalizarea instituțiilor corespunzătoare Părții speciale a Dreptului procesual civil, potrivit noilor orientări. *Partea specială* urmărește să explice optica legiuitorului privitoare la desfășurarea procesului civil, în căile de atac, în cadrul procedurilor speciale, a modului în care se desfășoară un litigiu în fața instanțelor arbitrale și în executarea silită, ultima etapă a procesului civil.

Prezentul manual este destinat în primul rând studenților facultăților de drept, dar și altor juriști care urmăresc să-și clarifice reglementările corespunzătoare *Părții speciale a Dreptului procesual civil*.

11. Alin Speriusi-Vlad (coautor), *Admiterea în magistratură și avocatură. Ghidul candidaturii. Ediția a II-a, revăzută și adăugită - Drept civil. Drept procesual civil. Drept penal. Drept procesual penal. OEPA*, Editura Universul Juridic, București, 2018.

Grilele selectate, asociate cu structura examenelor pe care se bazează astăzi concursurile de admitere în profesiile juridice, reprezintă provocări pozitive, stimulând și gestionând atât cunoștințele, cât și emoțiile specifice examenelor de admitere în profesiile juridice.

12. Laura Stănilă, *Drept penal. Partea specială. Caiet de seminar-Ediția a 2-a. Infraacțiuni contra persoanei. Infraacțiuni contra patrimoniului*, Editura Universul Juridic, București, 2018.

Această lucrare este un instrument extrem de util și eficient pentru parcurgerea disciplinei Drept penal – Partea specială, disciplină ce se regăsește în tematica tuturor examenelor importante ale carierei juridice.

Fiecare capitol conține scheme ale infracțiunilor cu prezentarea, acolo unde este cazul, a opiniilor divergente ale celor mai cunoscuți autori de drept penal cu privire la unele elemente ale conținutului constitutiv al infracțiunilor sau cu privire la unele calificări juridice;

- fiecare capitol conține prevederi legale, un set de grile a căror dificultate crește gradual, exerciții de sedimentare a cunoștințelor teoretice, spețe și probleme teoretice;
- lucrarea cuprinde, într-un capitol separat, peste 30 de spețe complexe cu privire la care sunt oferite selectiv și rezolvările;
- publicul are acces la informația esențială necesară unei verificări eficiente într-o lucrare atent structurată.

13. Laura Stănilă, *Drept penal. Partea generală. Caiet de seminar, Ediția a III-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București, 2018.

Această lucrare este un instrument extrem de util și eficient pentru parcurgerea disciplinei **Drept penal – Partea generală**, disciplina ce se regăsește în tematica tuturor examenelor importante ale carierei juridice.

Lucrarea prezintă o serie de avantaje evidente:

- fiecare capitol conține prevederi legale, referiri la practica Curții Constituționale și a Înaltei Curți de Casație și Justiție, un set de grile a căror dificultate crește gradual, spețe și probleme teoretice, soluții de jurisprudență, scheme recapitulative, răspunsuri la grile;
- publicul are acces la informația esențială necesară unei verificări eficiente într-o lucrare atent structurată.

Criteria de tehnoredactare

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa: claudia.rosu@e-uvt.ro.

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor.

Textele trimise trebuie să fie redactate în conformitate cu cerințele standard ale revistei „Dreptul” editată de Uniunea juriștilor din România.

Textul trebuie însoțit de un rezumat și de 3-5 termeni-cheie în limbile română și engleză.

Privitor la materialele care se publică, redacția își rezervă dreptul de a face sugestii, propuneri, modificări autorilor, iar dacă aceștia nu se conformează, să decidă nepublicare articolelor.

Colaboratorii sunt obligați să respecte legislația privind drepturile de autor evitând total orice formă de plagiat. În cazul preluării unor idei din alte lucrări, colaboratorii sunt obligați să le citeze și, când este cazul, să treacă între ghilimele unele pasaje din lucrările citate.

Redacția revistei nu-și asumă nicio răspundere pentru nerespectarea de către colaboratori în caz de plagiat și în general a oricărei nerespectări de către aceștia a reglementărilor din legislația privind drepturile de autor.

În caz de plagiat, parțial sau integral, întreaga răspundere, atât juridică (penală, contravențională, civilă), cât și deontologică revine în exclusivitate autorului care a săvârșit plagiatul, redacția revistei neasumându-și vreo răspundere pentru încălcarea legislației privind dreptul de autor și drepturile conexe de către persoanele care înaintează revistei materiale în vederea publicării.

*Prof. univ. dr. habil. Claudia Roșu
Redactor-șef*

CUPRINS

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

SECȚIUNEA DE DREPT PUBLIC

Repere din jurisprudența Comitetului ONU pentru Drepturile Economice,
Sociale și Culturale

Conf. univ. dr. Laura-Maria CRĂCIUNEAN-TATU5

Cyberterorismul și utilizarea teroristă a internetului

Dr. Kitti MEZEI22

Activități de combatere a fraudei și corupției în Ungaria

PhD, Dr. Jur., senior lecturer István AMBRUS, Dr. Jur., manager

Ádám FARKAS37

Erori în stabilirea mecanismului de comitere a unei infracțiuni de omor

Prof. univ. dr. Tiberiu MEDEANU50

Ultrajul judiciar. Elemente de drept material și procesual penal

Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA57

Principiul legalității: de la *lex scripta* la *lex certa*

Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ65

Voință juridică și subiect culpabil - scurte considerații plecând de la
lucrarea *Karman* a lui Giorgio Agamben

Dr. Ionuț TUDOR85

Constatarea contravențiilor rutiere prin sistemul automatizat de
supraveghere a traficului în Republica Moldova

Conf. univ. dr. Oleg PANTEA93

SECȚIUNEA DE DREPT PRIVAT

Considerații referitoare la Decizia nr. 60/2017, pronunțată de Înalta Curte de
Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept

Lect. univ. dr. Sergiu STĂNILĂ, Prof. univ. dr. Claudia ROȘU104

Câteva observații cu privire la regimul juridic al clauzelor considerate
de lege nescrise

Lect. univ. dr. Florina Popa128

<i>Motivarea sau justificarea</i> hotărârii judecătorești. Când trebuie motivată hotărârea judecătorească? Lect. univ. dr. Dana Maria DIACONU	140
Reverberațiile juridice ale modernizării dreptului de autor în viziunea lui Ezra Pound Lect. univ. dr. Nicoleta Rodica DOMINTE, Lect. univ. dr. Simona Catrinel AVARVAREI	150
Natura juridică a contestației la executare Drd. Cătălin LUNGĂNAȘU	169
Revizuirea întemeiată pe dispozițiile art. 509 alin. 1 pct. 5 Cod procedură civilă Drd. Beatrice PIESSE-MALIMARCOV	189
Răspunderea arbitrilor Drd. Raul MIRON	196
Curtea Constituțională vs. Înalta Curte de Casație și Justiție Drd. Alexandra CHIȘ	210
Ipoteze speciale ce devin normalitate prin repetabilitatea lor în cadrul procedurii divorțului pe cale notarială Notar public Oana-Elena BUZINCU	221
II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE	237
III. ȘCOALA DOCTORALĂ	
Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.....	254
IV. APARIȚII EDITORIALE	256