

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

– *SERIA DREPT* –

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

– *LAW SERIES* –

Nr. 1/2019

*Revistă indexată în bazele de date internaționale HeinOnline,
EbscoHost*

ISSN 1584-2857

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. Radu BUFAN – Drept financiar și Drept fiscal
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU – Drept administrativ
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 GUZEI-MANGU – redactor – secțiunea Drept civil
Lect. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU – redactor – secțiunea Drept procesual penal
Lect. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal
Lect. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

Maintenance obligations: European Union, Lugano and the Hague Conference

Obligării de întreținere: Uniunea Europeană, Lugano și Conferința de la Haga

Associate Professor **Silvia MARINO***
Università degli Studi dell'Insubria
Como/Varese, Italy

Table of contents:

1. Preliminary remarks;
2. The coordination between the Regulation and the 2007 Hague Convention: the application of the general rules;
3. The coordination between the EU Regulation No. 4/2009 and the 2007 Hague Protocol: a key issue;
4. The coordination between the EU Regulation No. 4/2009 and the other EC/EU measures on civil and judicial cooperation;
5. The Lugano Convention: a coordination opportunity failed?;
6. The other international conventions on maintenance obligations;
7. Final remarks.

Abstract

The paper analyses the coordination of Regulation No. 4/2009 on maintenance obligations in the European Union and international perspective. The Regulation contains numerous provisions referring to other international convention, creating the first impression that it is well coordinated with the other EU and international measures in force. The paper analyses these provisions, with particular regard to the 2007 Lugano Convention, the Hague Conference's conventions and other EU measures on civil and judicial cooperation. The conclusion does not give such a positive framework of interrelation among sources as the first sight might have suggested.

Keywords: *civil judicial cooperation; International coordination; EU external competence; maintenance obligations*

Rezumat

Lucrarea analizează coordonarea prevederilor Regulamentului nr. 4/2009

* silvia.marino@uninsubria.it.

privind obligațiile de întreținere dintr-o perspectivă a Uniunii Europene și dintr-o perspectivă internațională în general. Regulamentul conține numeroase referiri la convenții internaționale, lăsând impresia că este bine coordonat cu alte măsuri europene și internaționale în vigoare. Prezentul articol analizează aceste prevederi, cu o privire specială asupra de la Lugano din 2007, a convențiilor Conferinței de la Haga și asupra altor măsuri europene în materia cooperării judiciare în materie civilă. Concluzia reflectă un cadru de interrelaționare între resursele normative mai puțin optim decât s-ar părea la prima vedere.

Cuvinte-cheie: Cooperare judiciară în materie civilă, coordonare internațională, competență externă a U.E., obligații de întreținere.

1. Preliminary remarks

Regulation No. 4/2009¹ on maintenance obligations within the family („Regulation”) is one of the richest European Union („EU”) regulations with regard to the number of provisions mentioning other international instruments. An explication of this record can be the contemporaneity of its draft with the negotiations for the 2007 Hague Convention on the international recovery of maintenance obligations² („the 2007 Convention”) and the 2007 Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations³ („the Protocol”).

Nevertheless, EU and international sources on private international law are not limited to these systems. Before the adoption of the Regulation, the EU had enacted a few Regulations on civil and judicial cooperation, with particular regard to Regulation No. 44/2001 on the jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters⁴, and regulation No. 805/2004 on the European Enforcement Order⁵. Currently the former is repealed by Regulation No. 1215/2012⁶, whose Article 1(2)(e) excludes from its scope of application maintenance obligations arising from family relationships, but the latter is still in force.

The Regulation refers to the 2007 Lugano Convention, too⁷. Its scope of application coincides with that of Regulation No. 44/2001, but strengthens the civil and judicial

¹ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *OJ L 7*, 10.1.2009, p. 1-79.

² Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131>.

³ Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133>.

⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 12*, 16.1.2001, p. 1-23.

⁵ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, *OJ L 143*, 30.4.2004, p. 15-39.

⁶ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 351*, 20.12.2012, p. 1-32.

⁷ Council Decision of 15 October 2007 on the signing, on behalf of the Community, of the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 339*, 21.12.2007, p. 1-2.

cooperation with the EFTA States. To the knowledge of the present author, this is the only EU Regulation in this field expressly citing the 2007 Lugano Convention.

Finally, a special provision is dedicated to the coordination with other international convention to which EU Member States are Contracting Parties.

This framework makes the international coordination of the Regulation a specific – and not easy – topic to deal with.

2. The coordination between the Regulation and the 2007 Hague Convention: the application of the general rules

Notwithstanding the contemporariness of the negotiations of the Regulation and the 2007 Convention, and the participation of the EU to the latter, an express coordination fails within the scope of application of the former. This is remarkable, because the need for a coordination should have been almost self-evident. A rule similar to that envisaged by Article 61 of Regulation No. 2201/2003 on family matters⁸ should have been welcome, since it coordinates the EU Regulation with the 1996 Hague Convention on the Protection of Children⁹, providing for specific rules concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgments.

Neither Article 69 of the Regulation is applicable to the coordination between the two measures. Indeed, the first paragraph is not applicable, because it refers to Conventions to which Member States were parties before the adoption of the Regulation itself. The 2007 Convention entered into force on 1st August 2014, so after the 18th June 2011, date of application of the Regulation¹⁰. Neither the second paragraph is relevant, since it establishes the primacy of the Regulation over international conventions to which Member States are parties¹¹. Indeed, the exclusive competence to sign and to adhere to the 2007 Convention is conferred to the EU¹². Furthermore, for the purposes of Article

⁸ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJ L 338*, 23.12.2003, p. 1-29.

⁹ Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>.

¹⁰ Article 76 establishes that the Regulation is applicable as from 18th June 2011, provided that the Protocol had entered into force. Article 4(1) of the Council Decision of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, *OJ L 331*, 16.12.2009, p. 17-18 states that the Protocol should be applicable within the EU as from that date, if the Protocol had not entered into force internationally before that date.

¹¹ For the opposite view: POPOVICI, *Procedural Means of Consolidating the Right of Access to Justice in the Matter of Maintenance Obligations*, in *Towards a Better Future: The Rule of Law, Democracy and Polycentric Development*, IUK, STANOJOSKA (eds.), Bitola, 2018, p. 47.

¹² The EU approved the 2007 Convention with Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, *OJ L 192*, 22.7.2011, p. 39-50. The well established Court of Justice of the European Union („CJEU”) case law is coherent in confirming the EU exclusive competence in the conclusion of international agreements, provided that the EU itself had adopted internal measures in the same field (CJEU 31 March 1971, case 22/70, *Commission v. Council*, *ECR*, 1971, p. 263; CJEU 5 November 2002, case

69(2) of the Regulation it is not possible to consider Member States as Contracting Parties of the 2007 Convention, even if it binds them (Article 3(2) of the Statute of the Hague Conference on Private International Law). Indeed, the Regulation distinguishes between the State *bound* by the Convention (Article 15), and the State *party* to it (Article 69(2)). Therefore, the term *party* cannot be interpreted in a non-technical sense, as if it meant *beign bound*.

Therefore, it is necessary to refer to Article 51 of the 2007 Convention. Para. 4 establishes that the Convention does not prevent a Regional Economic Integration Organisation („REIO”) – as the EU, party to the 2007 Convention, from applying its internal measures, enacted after the adoption of the same Convention. This prevalence must not affect the application of the 2007 Convention with other Contracting States. Concerning the recognition and the enforcement of foreign judgments, the same provision establishes that the 2007 Convention does not impact on the internal measures of the REIO, notwithstanding the date of their approval.

According to Article 3(3) of the Statute of the Hague Conference and Article 59(2) of the 2007 Convention, the EU has communicated that it has exclusive competence in all the fields covered by the 2007 Convention, and Article 51(4) of the 2007 Convention is applicable.

The primacy of the Regulation is conditioned for some aspects, absolute for others. It is necessary to draw some distinctions in the coordination of the sources.

Since the 2007 Convention does not provide for rules on international jurisdiction, the application of the Regulation is not able to affect the proper functioning of the 2007 Convention between EU Member States and third States.

Instead, there might be overlaps in the field of cooperation. Article 51(4) seems to establish that the Regulation prevails if only Member States' Central Authorities are concerned (Chapter VII of the Regulation), while the 2007 Convention is applicable if one of the States involved in the cooperation is not member of the REIO, but is part of the 2007 Convention (Chapter II). The rigidity of this bipartition might rise practical difficulties, when sever Central Authorities are concerned, some from (one or more) EU Member

C-467/98, *Commission v. Denmark*, ECR, 2002, I-9519; CJEU 7 February 2006, opinion C-1/03, ECR, 2006, I-11457; CJEU 14 October 2014, opinion 1/14, ECLI:EU:C:2014:2303). This preclusive effect is made clear by the Declaration of competence of the European Community specifying the matters in respect of which competence has been transferred to it by its Member States, which forms the Annex II of the Council Decision of 5 October 2006 on the accession of the Community to the Hague Conference on Private International Law, OJ L 297, 26.10.2006, p. 1-14. The Declaration lists all the subjects included in Articles 61(c) and 65 of the Treaty on the European Community (now Article 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union), as for being integral part of the exclusive competence of the EU. For further examination: DASHWOOD, HILLION, *The General Law of E.C. External Relations*, London, 2000; DANIELE (ed.), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001; CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in international relations*, The Hague, 2002; SMITH, *European Union Foreign Policy in a Changing World*, Oxford, 2003; EECKHOUT, *External relations of the European Union: legal and constitutional foundations*, Oxford, 2004; AMADEO, *Unione europea e Treaty-making Power*, Milano, 2005; HILL, SMITH, *International Relations and the European Union*, Oxford, 2005; KOUTRAKIS, *EU International relations law*, Oxford, 2006; FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Antwerp, 2016.

State(s), some from (one or more) third Country(ies). The functions, the powers and the competences of the EU Member State's Central Authority are not clear. If Article 51 of the Regulation is applicable, it would have direct effect within third States; if Article 6 of the 2007 Convention is applicable, instead, the strengthened cooperation among EU Member States risks being affected. The issue is not only theoretical. Although the provisions are quite similar, Regulation 4/2009 establishes an advanced cooperation system (as for example regarding the exchange of information, according to Article 50(1)(a)). Furthermore, some tasks related to the disclosure of evidence (Article 51(2)(g) of the Regulation; Article 7(2)(g) of the 2007 Convention) and to the service of documents (Article 51(2)(j) of the Regulation; Article 7(2)(j) of the 2007 Convention) are simplified at EU level thanks to Regulations Nos. 1206/2001 and 1393/2007¹³. Consequently, the application of the Regulation or of the 2007 Convention is not indifferent. The 2007 Convention seems to request EU Member States' Central Authorities to apply the Regulation or the 2007 Convention in an alternative way, when facing another EU Central Authority or a third Country's Authority. This solution is acceptable only from a theoretical point of view, but risks complicating the Central Authorities' work, whose power changes depending on the currently facing Central Authority. This difficulty increases because of the definition of *decision* for the purposes of the Central Authorities' cooperation. According to Article 2(1)(1) of the Regulation this is any „decision in matters relating to maintenance obligations given in a third State”. The enforcement of decisions enacted in third Countries, which are Contracting Parties of the 2007 Convention, might vary if the request is filed with the EU Member State's Central Authority or with its competent Court. In the first case, the regulation is applicable; in the second, the 2007 Convention.

The recognition and the enforcement of judicial decisions give rise to less drawbacks. The separation of the scope of application of the 2007 Convention and of the Regulation is better clear-cut. EU Member States apply the Regulation's provisions if the decision is issued in a Member State (Article 51(4) of the 2007 Convention; Article 2(1)(1) of the Regulation). If the decision is adopted in a third Country, which is a Contracting Party to the 2007 Convention, this is applicable (Chapter V). Article 20 of the 2007 Convention, establishing „bases for recognition and enforcement”, i.e. grounds of indirect jurisdiction, does not question this coordination. Indeed, these grounds mostly coincide with those established by the Regulation; if they differ, they are wider¹⁴. Therefore, the decision issued in an EU Member State having jurisdiction according to the Regulation fulfills the conditions established by Article 20 of the 2007 Convention. The perfect coordination

¹³ Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, *OJ L 174*, 27.6.2001, p. 1-24; Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, *OJ L 324*, 10.12.2007, p. 79-120. Article 51(2) of the Regulation refers expressly to both Regulations.

¹⁴ For example, the 2007 Convention does not limit the feasibility of the choice of court. On the opposite, Regulation 4/2009 establishes a list of eligible courts, which are presumed to be closely connected with the dispute (Article 4(1)). In some cases, the choice is not possible at all (Article 4(3)).

risks not working if the Court, sitting in an EU Member State, hears the case without having jurisdiction (according to the Regulation). The judgment can freely circulate within EU Member States, failing any control on the jurisdiction to decide by the judge requested of the recognition or the enforcement (Articles 17 and 24 (1)(a) of the Regulation), but might not satisfy the conditions established by Article 20 of the 2007 Convention. The different regime is not surprising if we consider the relevance of the principle of mutual trust within the EU¹⁵, so that a judgment can be recognized or enforced even when issued by a Court not having jurisdiction on the case according to any of the EU regulations on civil and judicial cooperation¹⁶. Still, this system might give rise to abuses, if the debtor moves his/her most valuable assets in a third Country.

Further difficulties may arise if Contracting States make reservation with respect to Article 20(1), as allowed by para. 2. At the time of writing¹⁷, only Brazil and the United States of America made use of this possibility¹⁸. To some extent it will be possible for their National Authorities to refuse the recognition and the enforcement of judgments, although issued by a Court satisfying the grounds of jurisdiction provided for by Article 20(1), even sitting within a EU Member State in compliance with the Regulation. Nevertheless, the reservations have not reciprocal effect (Article 62(4) of the 2007 Convention), so that the opposite occurrence is not possible.

3. The coordination between the EU Regulation No. 4/2009 and the 2007 Hague Protocol: a key issue

The coordination between the Regulation and the Protocol is a key issue. Indeed, the Regulation establishes a double track system for the recognition and the enforcement of judicial decisions, so that if the Member State of origin is bound by the Protocol, the enforcement is automatic; on the opposite, an *exequatur* procedure is needed.

This is the first case within the civil judicial cooperation – and by now the only one – when the EU refers unconditionally to an international Convention for the internal regulation. Nevertheless, Article 15 does not exactly refer to the Protocol. Rather, it states that the determination of the applicable law is regulated by the Protocol, within Member States bound by it. These effects should be given for granted. Notwithstanding the weird literal formulation, the EU has acquired an exclusive parallel competence in the field of the applicable law to maintenance obligations. That means that the EU had the

¹⁵ LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 525.

¹⁶ McELEVAY, *The communitarisation of divorce rules: what impact for English and Scottish law?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 637; BALENA, *I criteri di giurisdizione nel regolamento (CE) 2201/2003*, in *La famiglia senza frontiere. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1 ottobre 2005*, PASCUZZI (ed.), Trento, 2006, p. 38; RICCI, *I fori «residuali» nelle cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, VENTURINI, BARIATTI (eds.), Milano, 2009, p. 868.

¹⁷ September 2018.

¹⁸ 39 States are Contracting Parties.

competence to adhere to the Protocol, so that Member States are not formally Contracting Parties, but still the Protocol produces legal binding effects towards them. This is the reason why the Regulation prefers the expression *Member States bound*, instead of *Contracting Parties*. This working method is questionable: the EU has not introduced uniform conflict of laws rules, neither exactly referred to the Protocol. Article 15 of the Regulation should not have any perceptive content, it being evident that an international Convention produces legal effects within bound States, and it is very difficult to interpret it as an exercise of EU conferred competence. This methodological choice does not make clear the role and the competence of the EU vis-à-vis the Member States. The Protocol is part of EU Law¹⁹.

In order to avoid lacunae or antinomies, recital 20 of the Regulation pushed the EU to proceed to a quick acceptance of the Protocol²⁰. The EU accepted the Protocol with Council Decision 941/2009, making clear that it is applicable within the EU as from 18th June 2011.

The Decision considers the special position of Ireland, United Kingdom and Denmark. Only the first Member State is part of the Decision, and therefore bound by the Protocol (as well as by the Regulation, recital n. 46). The UK decided not to opt in the Decision: therefore only the Regulation is applicable in its regards²¹. Finally, due to its opt out position, Denmark is not subject to the application of the Decision. However, Denmark benefits for a special position as regards measures amending Regulation No. 44/2001²², and notified its willingness to apply the Regulation²³. Only Chapters on the applicable law and on administrative cooperation are not applicable, since these do not constitute an amendment of Regulation No. 44/2001.

This arrangement is useful in order to understand the double track for the recognition and enforcement of foreign judgments. The automatic enforcement operates if the Member State of origin is bound by the Protocol, and the Member State of destination by both the Regulation. Summarizing, it excludes Denmark and UK *only* as Member States of

¹⁹ This is very well demonstrated by the judgment of the CJEU 20 September 2018, case C-214/17, *Mölk*, ECLI:EU:C:2018:744, where the Court did not consider the issue of the admissibility of the preliminary question on article 4(3) of the Protocol, giving it for granted.

²⁰ *Supra*, fn. 10. As for further debates regarding the nature of the competence conferred to the EU: McCLEAN, *Bilateral Agreements with non-Member States after the Lugano Opinion*, in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Malatesta, Bariatti, Pocar (eds.), Padova, 2008, p. 55.

²¹ Commission Decision of 8 June 2009 on the intention of the United Kingdom to accept Council Regulation (EC) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (notified under document number C(2009) 4427), *OJ L 149*, 12.6.2009, p. 73.

²² Article 3(2) of the Council Decision of 20 September 2005 on the signing, on behalf of the Community, of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 299*, 16.11.2005, p. 61-70.

²³ Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L 149*, 12.6.2009, p. 80.

origin²⁴. For judgments issued in these Member States, a system modelled on Regulation No. 44/2001 is applicable in all the other Member States (requested of enforcement).

It is peculiar that the functioning of the double track depends on the legal effects of an international Convention. Indeed, this condition cannot be confused with a quite common requisite for the enforcement of foreign judgment outside the EU civil and judicial cooperation, which is the control of the law applied in the merits decision²⁵. The difference comes to evidence if the judge on the merits wrongly applies the Protocol: the judgment can freely circulate within the EU, although the applied law is not the one designated within the Protocol.

4. The coordination between the EU Regulation No. 4/2009 and the other EC/EU measures on civil and judicial cooperation

The EU has enacted numerous regulations in the field of the civil and judicial cooperation, whose scope of application risks overlapping with that of the Regulation, or creating lacunae. Therefore, its material scope must be clearly defined within the EU system of private international law. At the time of the adoption of the Regulation, the key issue was the intertemporal law with regard to Regulation No. 44/2001. Article 68(1) of the Regulation faced the question, stating together that the Regulation modifies Regulation No. 44/2001, by replacing its provisions. The wording is not very clear, since the Regulation rather repeals the corresponding provisions of Regulation No. 44/2001.

Article 75 on transitional provisions is the general rule on the coordination of the two Regulations at stake. Regulation 4/2009 is applicable in disputes filed after the date of application²⁶, unless the *exequatur* proceeding started before that date (and Regulation 44/2001 is applicable for procedural economy reasons). Although the judgment is issued, or the proceeding on the merit filed, before the date of application of the Regulation, its recognition and enforcement is regulated by Part 2 of Chapter IV of the Regulation. As mentioned, this *exequatur* procedure is modelled on the one provided for by Regulation No. 44/2001, so that the application of the Regulation (instead of Regulation No. 44/2001) does not jeopardise the legitimate expectations of the parties (at the time the dispute was filed or the *exequatur* requested). Generalising, this transitional rule does not change the position of the parties in the dispute in case of international recognition and enforcement of the judgment.

²⁴ UK and Danish Courts must automatically enforce decisions issued in any EU Member State bound by the Regulation, due to the literal formulation of Article 16 of the Regulation. This rule had not been initially accepted by English Courts (BARNES, *EU Maintenance: whatever happened to direct enforcement?*, in *International Family Law*, 2014, p. 175).

²⁵ GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 2005, t. 312, p. 380; MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 2007, t. 327, p. 303.

²⁶ This is why the first preliminary reference for the interpretation of any provisions of the Regulation was filed only on 6 September 2013.

Article 68(2) establishes that the Regulation replaces Regulation No. 805/2004, except for Enforcement Orders issued in a Member State which is not bound by the Protocol. The double track prevents from the application of the automatic enforcement, which is a more advanced circulation system than that established by Regulation No. 805/2004. The transitional period is subject to the general rule of Article 75(1). The Regulation is applicable only to proceedings filed after the date of its application. Most probably, the rule refers both to the procedure on the merits and to the enforcement proceeding.

Article 68 affects indirectly the relationships between Regulation No. 44/2001 and Regulation No. 805/2004. According to Article 27 of the latter, the two instruments are alternative²⁷. Since the Regulation replaces both of them, it is not anymore possible to make use of the certification as an Enforcement Order or of the *exequatur* procedure in the field of maintenance obligations (except for the intertemporal limits described above).

The Regulation No. 1215/2012 replaced Regulation No. 44/2001. Article 1(2)(e) expressly excludes maintenance obligations from its scope of application. Therefore, the Regulation can be considered as a special instrument with respect to the general legislation in civil and commercial matter. The abolition of any *exequatur* procedure pursued by Regulation No. 1215/2012 seems to confirm this conclusion, and makes less crucial a perfect distinction between the material scope of application of the two instruments (although differences are notable as far as the grounds for refusal of recognition and enforcement are concerned).

The determination of the exact scope of application of two recently adopted Regulations, No. 2016/1103 on matrimonial property regimes, and No. 2016/1104 on patrimonial effects of registered partnerships²⁸, is more critical. Although the new Regulations are adopted through enhanced cooperation, they bind 18 Member States as from 29 January 2019, and they are open to the access of the other Member States. For the time being, a distinction between maintenance obligations and patrimonial regime is nevertheless important, because Member States not taking part to the enhanced cooperation can still apply their national (private international) law.

The CJEU has already resolved this characterization problem, although the preliminary references were requested when the 1968 Brussels Convention²⁹ and Regulation

²⁷ ZILINSKI, *Abolishing exequatur in the European Union: the European Enforcement Order*, in *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 471; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2006, p. 289; FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, Padova, 2006, p. 386; TONOLO, *Pluralità di giudicati ed opposizione all'esecuzione delle decisioni straniere*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 1290.

²⁸ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJ L 183*, 8.7.2016, p. 1-29; Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJ L 183*, 8.7.2016, p. 30-56.

²⁹ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters. Consolidated version, *OJ L 299*, 31.12.1972, p. 32-42.

No. 44/2001 were in force. Both measures included in their material scope of application maintenance obligations arising from family relationship, but excluded „rights in property arising out of a matrimonial relationship” (Article 1(2)(a) of Regulation No. 44/2001). The difference between maintenance obligations and family property regimes rests with the aim of the measure. If it grants economical resources of the creditor, according to his/her needs and the debtors’ possibilities, the measure is characterized as for maintenance obligation, notwithstanding its form (periodical payment, liquidation of a single amount...) ³⁰. If it aims at liquidating the assets among spouses or partners, it must be considered as related to the family patrimonial regime. For continuity reason, the same interpretation should be applied for the determination of the scope of application of the Regulation and the two most recent Regulations.

5. The Lugano Convention: a coordination opportunity failed?

There is no specific coordination rule within the 2007 Lugano Convention, which is parallel to Regulation No. 44/2001 and binds EU and EFTA Member States. This is once more very surprising, because the Regulation mentions the Lugano Convention: the opportunity of a coordination should have been evident. The provisions referring to the Lugano Convention are very specific.

Article 4(4) states that the Convention is applicable if the parties have chosen a competent court, which sits in an EFTA (non-EU) Member State, except in disputes involving children under the age of 18 ³¹. It is not clear why the Regulation coordinates only this aspect of the determination of jurisdiction, and does not provide for a more general rule. Furthermore, the rule seems to have a scarce practical impact. It aims at avoiding a choice of court when children are involved, which is allowed under the Lugano Convention, prohibited according to Article 4(3) of the Regulation, but seems not able to perfectly reach the target. Indeed, EFTA Courts shall not apply the Regulation, and will not refuse jurisdiction because of Article 4(3) and (4). Therefore, the rule modifies the impact of the Lugano Convention unilaterally, that means only with respect to EU Member States’ Courts, which can declare the choice of court null and void, and hear the case it notwithstanding.

Article 4(4) does not seem suitable in case of *lis pendens*. The second seized EU Member State Court cannot declare the choice of court null and void, if the first seized Court sits in an EFTA State. Indeed, the former must stay the proceeding until the latter verifies its jurisdiction (Article 27 of the Lugano Convention), to be established under the Lugano Convention rules. Most probably, the EFTA Court will consider the choice of court clause valid and accept jurisdiction. In the opposite case – the EU Member State Court seized as first – Article 4(4) is effective and can protect the weaker party. Indeed, this Court will declare the choice of court

³⁰ CJEU 6 March 1980, case 120/79, *De Cavel*, ECR, 731; CJEU 27 February 1997, case C-220/95, *van den Boogaard*, ECR I-1147; CJEU 31 March 1971, case 22/70, *Commission v. Council*, ECR, 1971, p. 263. Further: VIARENGO, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario*, in *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Bariatti (ed), Milano, 2007, p. 233.

³¹ Article 4(3) of the Regulation does not allow a choice of court in these cases.

clause null and void and will accept jurisdiction.

The Lugano Convention is mentioned in Article 6 of the Regulation, too, on subsidiary jurisdiction. This is applicable insofar as neither EU Member States' or EFTA States' Courts have jurisdiction. The equivalence does not seem proper at a first sight, since it presumes a high level of mutual trust even between EU and EFTA States and Courts. This presumption is difficult to accept. Firstly, EFTA States do not take part to the common market; secondly, the Lugano Convention is still currently the sole Convention concluded between EU and EFTA, strongly inspired in its content by an EU Regulation on civil and judicial cooperation. Finally, the regulations on recognition and enforcement of foreign judgments differ considerably between the Lugano Convention and the Regulation, so that it is not the same for the parties whether an EU or an EFTA State Court hears the case: their jurisdiction is, more generally, not comparable. Nevertheless this assimilation is welcome. Indeed, it serves the need to respect the EFTA States' jurisdiction and the grounds of jurisdiction established by the Lugano Convention, to which the EU is contracting party, binding all the Member States. On the contrary, if an EFTA Court has jurisdiction according to the Lugano Convention, an EU Court assuming the subsidiary jurisdiction risks infringing the Convention itself.

Therefore, Article 6 – and only this – can be considered as for a special rule on the coordination between the Lugano Convention and the Regulation. Yet, it does not tackle with all the possible problems. One example is the pending actions, which has been one of the key issues that gave reasons to the CJEU to state the EU exclusive competence in opinion 1/03.

6. The other international conventions on maintenance obligations

Article 69(1) is a general clause on the coordination between the Regulation and other international conventions concluded by Member States before the entry into force of the Regulation. The provision safeguards expressly Article 307 of the TEC, currently Article 351 of the TFEU³², so that Member States shall eliminate incompatibilities between the Regulation and other international conventions to which they are bound, or, if the case might be, withdraw from them³³.

The coordination only appears easy. Article 51(1) of the 2007 Convention establishes a deconnection clause in favour of earlier instruments, to which Contracting States are parties. However, Article 51(4) grants primacy to the Regulation, it being an instrument of a REIO, Party to the Convention, «adopted after the conclusion of the Convention, on

³² BASEDOW, *Specificité et coordination du droit international privé communautaire*, in *Droit international privé. Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, 2005, p. 291 suggested the introduction of a compatibility clause in the regulations enacted in the field of the civil and judicial cooperation. Indeed, the automatic prevalence of the international conventions could be incompatible with former Article 65 of the TEC (currently Article 81 of the TFEU), because it would not grant the compatibility of the rules applicable in the Member States. Indeed, some would apply the international conventions, other the regulations without having the possibility to accede to international conventions in force due to the EU exclusive competence.

³³ CJEU 4 July 2000, case C-84/98, *Commission v. Portugal*, ECR I-5215.

matters governed by the Convention». Article 19 of the Protocol does not distinguish between measures adopted before or after its adoption, and does not refer expressly to REIO's measures.

From these rules, it is clear that the Regulation should be applied in EU Member States' internal relationships, which could be easily inferred also from the primacy principle. The territorial and material scope of application of other conventions is difficult to detect, and might give rise to incompatibilities. Some distinctions can be drawn.

Concerning jurisdiction, the incompatibility should not stem from a mere difference of the grounds of jurisdictions established by the Regulation and the earlier convention(s)³⁴. If it were so, the principle of safeguard of the previous international convention would be void. Nevertheless positive examples of possible incompatibilities are difficult to find out. Exorbitant jurisdictions, or a very limited list of grounds of jurisdiction in the convention in comparison with those established by the Regulation, would not affect Member States' relationships and the application of the Regulation. Although the EU Member State's Court assumes jurisdiction according to the international convention – infringing the Regulation – the judgment freely circulate within the EU, due to the absence of any monitoring on the jurisdiction on the merits at the *exequatur* stage.

A true conflict might arise in a quite complicated situation, where the earlier convention grants jurisdiction to both the EU Member State's and the third Country's Courts, and the former can accept jurisdiction according to the Regulation, too, but does not want to assume it for reasons established by the conventions (as for example, pending or related actions). The refusal of jurisdiction for reasons established by non-EU measures can amount to an infringement of EU Law, as decided in *Owusu*³⁵; at the same time, the non-application of the ground of refusal of the jurisdiction can amount to a violation of the international convention. In this case, the EU Member State's Court is at a moot point, because it infringes either the Regulation, or the international convention.

Incompatibilities related to the cooperation among Authorities are also difficult to detect. Tasks should be not only different, but absolutely irreconcilable (as for example, a duty and a ban). In case of mere differences, the same problems delineated as for the 2007 Convention may arise³⁶.

Any inconsistency arises from the system of recognition and enforcement of foreign judgments. Indeed, the Regulation has a quite strict scope, it being applicable only if the judicial decision is issued in a Member State. Judgments coming from third Countries are subject to the international conventions system (if existing), or to national law (of the requested State).

The last issue regards the determination of the applicable law. Member States have a duty to renegotiate previous international conventions, while Article 19 of the Protocol safeguards all the international conventions concluded by Contracting States, notwithstanding the moment of their adoption. The provisions are incompatible and it is

³⁴ Article 307 TEC represents the principle of the respect of the previous international conventions (CJEU 3 March 2009, case C-205/06, *Commission v. Austria*, ECR I-1301, para. 33; CJEU 3 March 2009, case C-249/06, *Commission V. Sweden*, ECR I-1335, para. 34).

³⁵ CJEU 1 March 2005, case C-281/02, *Owusu*, ECR I-1383.

³⁶ See *supra*, para. 2.

not clear which is the prevailing one, because the Regulation refers to the Protocol, which becomes consequently integral part of EU Law. It is submitted that Article 69(1) of the Regulation can be considered as a *lex specialis*, it being applicable only to EU Member States, therefore prevailing on the Protocol in its territorial scope of application. Therefore, Member States shall renegotiate or withdraw from previous international conventions. Indeed, in this field the incompatibility might be detected quite commonly, unless the rules of both the international convention and the Regulation were the same, and were interpreted and applied in the same way. The individuation of different applicable laws creates inconsistencies under both the private international law and the substantive aspects perspectives³⁷.

The duty to modify earlier international convention might affect third Countries, Parties to the Convention. The cooperation of third Countries is therefore necessary, but at the same time these are not under any duty to start new negotiations. Consequently, it might prove impossible for Member States to keep on taking part to the international convention, since the only possible further step is the withdrawal. Furthermore, the EU has acquired exclusive competence in the field of maintenance obligations, so that Member States cannot conclude any future international convention with third Countries. The sole possibility is a request of authorisation to conclude an international agreement, whose conditions and procedure are regulated by Regulation No. 664/2009³⁸. This instrument has not been successful: currently, any Member State has presented requests.

7. Final remarks

The Regulation is particularly remarkable for the number of provisions referring to other EU or international measures in the same field. Therefore, at first sight it seems to coordinate properly its relationships with other international instruments and to define

³⁷ The interpretation and the application of the rule are therefore of the utmost importance, in order to grant uniformity within the Member States bound: LAGARDE, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois? (à propos de l'arrêt HOCKE de la Section commerciale du 4 mars 1963)*, in *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 235; BAUER, *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, in *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 559; LAGARDE, *Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel*, in *Études de droit contemporain*, Centre français de droit comparé et Centre national de la recherche scientifique (ed), Paris, 1970, p. 155; BATIFFOL, *Le pluralisme de méthodes en droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 1973, t. 139, p. 110; DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973; BARIATTI, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986.

³⁸ Council Regulation (EC) No 664/2009 of 7 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgments and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations, *OJ L* 200, 31.7.2009, p. 46-51; see further: BORRÁS, *La celebración de convenios internacionales de derecho internacional privado entre Estados miembro de la Unione europea y terceros Estados*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2009, p. 83; MARINO, *L'esercizio delle competenze esterne comunitarie e la cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 319; KUIPERS, *Regulations (EC) Nos 662/2009 and 664/2009: Can Exclusivity Be Successfully Reconciled with Flexibility?*, in *The external Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Franzina (ed), Cambridge, Antwerp, Portland, 2017, p. 149).

precisely its scope of application. Nevertheless, the in-depth examination of these rules leaves the commentator uncertain. The few rules on spatial coordination are unclear, leaving Member States with burdensome duties to adapt their international relationships according to EU Law, and their Courts with difficult interpretative tasks. In some cases, it is not even immediately clear which is the applicable instrument, the Regulation or an international Convention.

This is not a problem only for practitioners, which are legal experts, but for the parties, too. A complicated and not clearly defined system of sources of the law risks undermining legal predictability and legal certainty, which are of the utmost value in a field such as maintenance obligations, where the protection of an economical weaker party might be at stake.

The sole and true rule on international coordination is the very well-known Article 351 of the TFEU, which remain the basic column of the international relationships for both Member States and the EU.

Cross-border Commercial Litigation – Do We Need a Permanent European Commercial Court?

Litigii comerciale transfrontaliere – avem nevoie de o Curte comercială europeană permanentă?

Associate Professor **Stephan RAMMELOO***
Private International Law
Maastricht University, The Netherlands

Abstract

September 2018 a European Parliament study titled 'Building Competence in Commercial Law in the Member States' inter alia launched the initiative to install a brand new 'European' Commercial Court (ECC). This ECC aims at adjudicating cross-border commercial disputes as 'optional' court operating complementary to court proceedings in EU Member State courts. This contribution attempts to analyse versatile issues in respect of the institutional legal basis of a future ECC under the TFEU as well as its main characteristics, and, furthermore, matters concerning conflict of laws (choice of forum, proper law of the contract, national laws and Contract Principles, recognition and enforcement of ECC judgments) and substantive law related questions. Any draft proposal text for an ECC Regulation so far missing, 'impressions' rather than conclusions can be drawn from this inquiry.

Keywords: Cross-border commercial conflict adjudication; European Commercial Court; Institutional EU Framework; Conflict of laws

Rezumat

În septembrie 2018, un studiu al Parlamentului European intitulat „Dezvoltarea competențelor statelor membre în domeniul dreptului comercial” a lansat, printre altele, inițiativa creării unei noi curți comerciale „europene” (CCE). Această CCE ar urma să soluționeze litigii comerciale transfrontaliere ca instanță „opțională”, ce funcționează în completarea procedurilor judiciare derulate în fața instanțelor statelor membre ale U.E. Prezentul studiu își propune să analizeze aspecte versatile privitoare la baza instituțională a unei viitoare CCE în cadrul TFEU, principalele caractere ale acesteia, precum și aspecte legate de conflictul de legi (alegerea forului, legea aplicabilă contractelor, legile naționale și principiile contractuale, recunoașterea și executarea hotărârilor CCE) sau probleme de drept material. În

* s.rammeloo@maastrichtuniversity.nl.

absența unui proiect de text de regulament CCE, până la această oră, vom formula mai degrabă câteva „impresii” decât să tragem concluzii pe marginea analizei întreprinse.

***Cuvinte-cheie:** soluționarea litigiilor comerciale transfrontaliere; Curtea Comercială Europeană; cadrul instituțional al UE; conflict de legi.*

1. Introduction

September 2018 research conducted under the auspice of European Parliament, titled ‘Building Competence in Commercial Law in the Member States’ first saw the light¹. The preponderant aim of this EP inquiry is to commence a debate on the existing ‘patchwork of legal rules and regulations’ cross-border commerce is confronted with, both ‘internationally and within the EU’². This study seeks ‘to contribute to this debate by taking a closer look at cross-border commercial contracts and their operation in theory and practice.’ In altogether four chapters, it mainly ‘describes the applicable legal framework and analyses commercial practice as regards choice of law and choice of forum clauses’³ at Member State level.

In particular Chapter 4.4 draws the attention. This section can be looked upon as a challenging specimen of ‘outside the box’ thinking: in no more than five pages, it poses the question whether, alongside the option to initiate civil and commercial court proceedings in any of the EU Member States under the reign of EU Regulation 1215/2012 (‘the ‘Recast’), the instalment of a permanent ‘European Commercial Court’ (ECC) for in particular voluntary jurisdiction (*id est* in a court commonly opted for by the litigating parties) deserves to be contemplated.

Any (pre)draft Regulation text in this stage not yet being available, this contribution attempts to analyse, hypothetically speaking, the ramifications of enriching the current EU cross-border procedural law framework with such an ‘optional’ brand-new ‘European’ Court. To that end, first the existing legal landscape of voluntary cross-border commercial litigation at EU Member State level will be given notice briefly. Thereafter, the attention shifts from national to Community level, starting with various (potential) push and pull oriented factors favouring the concept of a permanent European Commercial Court. Subsequently, versatile issues (legislative competence under the TFEU allowing for such a Court, its position within the existent European Private International law framework, the recognition and enforcement of ‘ECC’ judgments, as well as some miscellaneous practical and organizational matters related to court proceedings etc., will be held against the light. The contribution ends

¹ ‘Building Competence in Commercial Law in the Member States’ (Legal and Parliamentary Affairs), Study for the JURI Committee, PE 604.980, author G. Rühl, September 2018 (further referred to as ‘EP Study’), available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU\(2018\)604980_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU(2018)604980_EN.pdf). Cf. further *Idem*, Towards a European Commercial Court?, Oxford Law Blog November 20, 2018, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/11/towards-european-commercial-court>.

² EP Study, under the heading Executive Summary, p. 7.

³ *Idem*.

with overall conclusions.

2. Cross-border Commercial Conflicts – Court Proceedings in EU Member States

2.1. Original Position – Starting Point for Further Inquiry

‘Cross border commercial contracts are subject to a patchwork of legal rules and regulations.

To overcome or at least mitigate the resulting uncertainty, commercial parties, internationally and within in the EU, frequently choose the applicable law and the competent court. When they do, English and Swiss law as well as English and Swiss courts turn out to be particularly popular: according to a number of empirical studies, the laws and the courts of both countries are more often chosen than the laws and the courts of other countries, notably other Member States. The European Parliament has, therefore, called for a debate about how commercial law competence in the EU can be increased. Commissioned by the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, the following study seeks to contribute to this debate by taking a closer look at cross-border commercial contracts and their operation in theory and practice⁴.

Central aim of the EP Study is to investigate how ‘the European legislature should adopt a bundle of measures to make the settlement of cross-border commercial disputes in the EU more attractive (...). These measures should relate to choice of law on the one hand and dispute resolution on the other⁵. As set out in the introductory lines, this contribution will focus in particular on the question whether the instalment of a Permanent European Commercial Court would be feasible, and, inasmuch this question is answered in the affirmative, desirable.

2.2. Facilitating Cross-border Commercial Proceedings – Stage 1: Endorsing Voluntary Jurisdiction

Adjudicating cross-border commercial conflicts supposedly serves the interest of litigating parties. However, over the past decades an extra dimension increasingly showed. National prestige (reputational expertise of judicial organisations, neutrality, swift procedures, linguistic skills, *favor executionis*, i.e. swift recognition and enforcement tools etc.) increasingly play an important role.

Way before the formal (geographical) scope of article 25 of today’s Recast regime⁶

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*, p. 7. At p. 11, briefly summarized here, the EP study is organized in four parts: the first part analyses the current **legal landscape** in which cross-border commercial contracts operate. The second part explores current **commercial practices** as regards choice of law and choice of forum clauses. The third part discusses some **implications** that follow from the current legal landscape and current legal practice including the implications of Brexit. The fourth part submits a number of **recommendations** that will improve the framework for the settlement of international disputes both at the level of the Member States and at the level of the EU (*infra* 4.).

⁶ The Recast must be taken into account in conjunction with article 23 on the choice of forum of the Lugano Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ EC 2007, L 339/3., cf. more in detail EP Study, 2.1.3.2.

was widened – from 2012 onwards neither party was requested to reside in the Member State of the forum seized by the plaintiff – the concept whereby courts were attributed jurisdiction even though no ties with the forum showed gained force. Nowadays choice of court is facilitated by most legal orders, if not even stimulated, despite the costs and case load placed upon national judiciaries involved, be it that hitherto cross-border commercial contracts were mainly adjudicated by traditional courts and tribunals.

2.3. Facilitating Cross-border Commercial Proceedings – Stage 2: Commercial Court Chambers

Meanwhile, the question came up to which extent at present the aforementioned ‘traditional’ courts and tribunals are sufficiently equipped to deal with often more complicated, therefore expertise and time consuming cross-border commercial conflicts. Over the past few years several EU Member States felt the urge to further optimize cross-border court proceedings by installing specialized court chambers, if not even distinct ‘commercial’ courts⁷. While reading explanatory memoranda that accompany (draft) bills one may even get the impression of a gold rush Member States are after⁸.

3. Future Cross-border Commercial Proceedings – a Permanent European Commercial Court (ECC)?

3.1. Centralization of Cross-border Commercial Dispute Adjudication – Push & Pull Factors

Hypothetically speaking, in a (future) third ‘stage’ cross-border commercial court proceedings in a Permanent European Commercial Court might well be materialized. The following impetus can be taken from the EP Study: ‘First, a European Commercial Court could be equipped with experienced commercial law judges from all Member State. Those would ensure that the Court has the necessary legal expertise and experience. Second, as a

⁷ For Belgium, the Brussels International Business Court, EP Study, p. 42, and furthermore <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3072/54K3072001.pdf>; for France: EP Study, p. 40 and D. Fairgrieve & S. le Tutour, Doors open for First Hearing of International Chamber at Paris Court of Appeal, Conflictolaws.net, 5 June 2018, available at <<http://conflictolaws.net/2018/doors-open-for-first-hearing-of-international-chamber-at-paris-court-of-appeal/>>; for Germany, EP Study, p. 38 and 39, and M. Weller, The justice initiative Frankfurt am Main, <http://conflictolaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>; for the Netherlands, EP Study, p. 41 and X. Kramer, <http://conflictolaws.net/2018/no-fake-news-the-netherlands-commercial-court-proposal-approved/>, G. Antonopoulou, Defining international disputes – Reflections on the Netherlands Commercial Court proposal, NiPR 2018, p. 741. From EU angle, E. Themeli, Civil Justice system competition in the European Union – The great race of courts, Eleven Law, 2018.

⁸ Quite illustrative is an observation, out of many others, taken from ‘Law & Courts in Europe – McGill PoliSci students blog, <https://lawandcourtsblog.wordpress.com/tag/netherlands-commercial-court/>: ‘Another reason why the establishment of the NCC is convenient is that the court will be applying Dutch procedural law, which is known to be efficient and predictable, allowing parties to save on legal costs, and the fact that legal proceedings will occur in English (unless Dutch is preferred), saving foreign parties the cost of translation. It should be noted that a trial run having proceedings in English is currently being held at the District Court of Rotterdam for proceedings in maritime and transport law, as well as the sale of international goods.’

Court with judges from different legal and cultural backgrounds a European Commercial Court would be a truly international court. It could credibly – and probably better than any national court – signal that it is neutral and impartial. Third and finally, a European Commercial Court could also – and, again, probably better than any national court – take part in the global competition for international commercial disputes that has gained momentum over recent years and triggered the establishment of international commercial courts around the world. It could make the EU a globally attractive place for settling international disputes which, in turn, would benefit European companies both in their dealings with other European companies and in their dealings with parties from third states⁹.

In a still enlarging, furthermore intensifying Single Market it makes sense to question whether not perhaps such Permanent ‘European’ Commercial Court (ECC) would be more efficient and proficient in dealing with cross-border commercial disputes¹⁰. Factors that allegedly are susceptible of pulling litigants out of ‘national fora’ are the following: the UK, being a reputed stand¹¹ is far too costly, moreover leaving the European Union at short notice¹²; a proper functioning of the Single Market requires the improvement of court proceedings for notably SME’s that are not capable of enforcing their rights properly – deterrent effects of civil procedural law should be removed; a lack of confidence in ‘domestic’ courts is outspoken by residents from certain EU Member States. Understandably, push factors play a role as well: the added value of a permanent and voluntary European ‘forum’ yet without relinquishing the existing framework of Member States courts would enhance regulatory competition resulting in higher standards; an ECC is believed to be well-equipped thanks to the cooperation of specialist lawyers from all Member States; an ECC would fit into the phenomenon of ‘regional’ courts (China, Qatar, Singapore, Abu Dhabi) in a further globalizing world; an ECC may be expected to provide for more legal certainty, swift proceedings, high quality standards, and, last but not least, neutrality. It goes without saying, to finish this section with, that central and digitalized access to ECC jurisprudence would be indispensable, but conceivably also more feasible, practically speaking, than translating numerous court judgments from each Member State¹³.

⁹ EP Study, p. 9.

¹⁰ The EP Study, p. 65 and ff. contains a flood of academic comments. With a view to the restrictions set these writings will be referred to in the following only to the extent that they are relevant from the perspective of a future ECC.

¹¹ Cf. Rühl Footn. 1, Blog): ‘In any case, it is doubtful whether the withdrawal of London from the European judicial area can be compensated through national initiatives.’

¹² For a flood of comments as to the civil procedural law prospects, cf. Antonopoulou, p. 742, footn. 9. Further, the EP Study, notably the referral to the UK 2018 Position Papers at p. 37, and further to academic writings in footn. 184: Richard Aikens & Andrew Dinsmore, *Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?* *Eur. Bus. L. Rev.* 27 (2016) 903, at 904 f.; Guillaume Croisant, *Fog in Channel – Continent Cut Off. Les conséquences juridiques du Brexit pour le droit international privé et l’arbitrage international*, *J.T.* 2017, 24, at 26; Andrew Dickinson, *Back to the future: The UK’s EU exit and the conflict of laws*, *J. Priv. Int’l L.* 12 (2016) 195, at 197 f.; Sara Masters & Belinda McRae, *What Does Brexit Mean for the Brussels Regime?* *J. Int’l Arb.* 2016, 483, at 483 f.

¹³ In the past decades on the occasion PIL conferences were devoted to attempts to create a D-base

3.2. EU Legislative Competence – Legal Fundamentals ECC under the T(F)EU

Before commencing an inquiry into the ‘substantive’ pros and cons of a permanent ECC as set out above, inevitably the question arises whether the EU does have legislative competence to establish such an ECC.

According to the EP Study Article 5 TEU allows the EU only to become active if the Treaties expressly so provide. With regard to the establishment of a European Commercial Court an express provision allowing the EU to step in could be Article 257 TFEU. According to this provision the EU may establish ‘specialized courts’ attached to the General Court within the CJEU to hear and determine at first instance certain classes of actions or proceedings brought in specific areas. But, as the EP observes, such specialized courts are meant to lessen the case load of the General Court and the CJEU, whereas an ECC, in contrast, would not primarily be responsible for the *interpretation of EU law*, but for the settlement of international disputes and hence, *the application of national law*. An ECC would thus not complement the CJEU, but the courts of the Member States. Neither does Article 81 TFEU *prima facie* provide for a solid legislative basis, as even though this proviso allows for adopting measures *improving access to justice* (Article 81(2) lit. e) TFEU) and measures that *eliminate obstacles to the proper functioning of civil proceedings*, an ECC does not just improve *judicial cooperation amongst Member States*, it *replaces* Member States courts. However, in view of the EP, there is ‘broad agreement that Article 81 TFEU does not limit the EU’s competence to measures that merely approximate the laws of the Member States or to measures that merely foster the compatibility of the rules of civil procedure of the Member States.’ Article 81 TFEU would enshrine the adoption of self-standing European procedures that replace national procedures¹⁴.

3.3. ECC – ‘Scope’, Organisation and Procedure

Like for any other court the jurisdiction of a permanent ‘European’ Commercial Court has to be properly demarcated by the legislator and, what is more, this demarcation should be ascertainable in practice with full legal certainty beforehand. Only those conflicts that do not fall outside the ‘scope’ of an ECC Regulation may be adjudicated by the ECC. As pointed out in the introductory lines already, any future ECC is supposed to be attributed competence exclusively for ‘*commercial*’ (‘b2b’) conflicts¹⁵ being of a cross-border nature¹⁶, such conflicts moreover explicitly being attributed by the litigating

containing the multi-translation of national case law from the source language (i.e. the court judgment) in all official EU languages. Understandably, this highly ambitious goal would be extremely time and money consuming, not even to speak of substantive ‘alterations’ creeping in, in translations.

¹⁴ EP Study, Section 4.4.4.1.

¹⁵ More, in particular, the EP Study, Section 1.2. speaks of ‘relationships between commercial parties, i.e. b2b relationships and ‘equal bargaining power’. Not to be excluded beforehand though ought to be those commercial relationships where protective needs still show to be relevant, cf. the sales agent in CJEU C-381/98 *Ingmar-Eaton*.

¹⁶ The EP study, 4.4.2, further clarifies ‘...i.e. cases relating to commercial parties from different states (...), however not necessarily from different Member States (...), The jurisdiction of the European Commercial Court could and should, therefore, include disputes between commercial parties irrespective of whether they are domiciled in or outside the EU.’

parties to the ECC on the basis of a contractual *choice of court* agreement ('voluntary jurisdiction'¹⁷). This implicates that the ECC has no 'monopoly' withdrawing parties from national judicature against their will. The ECC is supposed to take its place amidst 'national' Member State courts: for contentious but even also for voluntary court proceedings commercial litigants may still decide to initiate proceedings in Member State courts¹⁸.

Not being given notice with as such by the EP Study is the 'formal' scope of an ECC Regulation: inevitably may a future ECC be overwhelmed with cases lodged by parties either or perhaps even neither of both (or more!) residing in 'third' (non-EU) legal orders¹⁹. Likewise inevitably is the occurrence of cross-border conflicts involving two – or, of course, more – litigants globally operating²⁰. It may be expected that the latter circumstance may lead to clashes with another voluntary forum, namely the 2005 Hague Convention on Choice of Courts to which the EU as a REIO is a Contracting Party²¹.

As regards its organization and procedural matters, the 'overall design'²² of the ECC, 'details should (...) be set out after consultation with academics and practitioners taking into account *commercial parties' needs, international best practice* as well as existing *soft law instruments* relating to transnational dispute resolution, notably the ALI/ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure and the ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure (...). In addition, inspiration might be sought from the Unified Patent Court as well as from other international commercial courts that have recently been established around the world'²³. Procedures should 'of course' be in English, by a Court equipped with judges from different Member States, 'ideally representing different legal traditions. Judges should be professional judges or experienced practitioners and, of course, be experts in commercial law, well versed in the English language and in the communication with parties from different (legal and cultural) backgrounds. The Court should apply flexible rules of procedure allowing for an active and efficient case management in response to businesses' needs. Finally, the Court should have appropriate staff, appropriate buildings, appropriate resources and a good IT-infrastructure. That infrastructure should allow electronic filing of claims, electronic communication with the Court, electronic submission of documents and witness statements as well as electronic

¹⁷ It must be noted, for the purpose of using proper terminology, that whereas under Common Law this is often characterized as 'exclusive jurisdiction', differing though from the autonomous meaning of 'exclusive jurisdiction' under the regime of article 24 of EU Regulation 1215/2012 (further referred to as 'Recast').

¹⁸ EP study 4.4.1.3. Future will demonstrate parameters, 'turning points' and cost-benefit analyses.

¹⁹ Parallels exists between article 25 Recast ('irrespective where parties are domiciled' and article 1 of the globally functioning Hague 2005 Convention on the Choice of Courts.

²⁰ Multi-party relationships, litigants residing in- and outside the EU, may benefit from the 'levying' force of voluntary jurisdiction from point of view of recognition and enforcement.

²¹ Cf. for in depth treatment, M. Weller, Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague Convention: coherences and clashes, J. Priv. Int'l L. (2017), p. 91; S. Rammeloo, New Cross-border Civil and Commercial Procedural Law on Prorogation: EU Regulation 1215/2012 (the 'Recast') and the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements – A Rubik Cube?, in: Recent developments in Private International Law/Dezvoltari recente in Dreptul International Privat (ed. M. Buruiană), Chisinau 2017, p. 344.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

payment of court fees. Ideally, the Court should offer two instances'.²⁴

3.4. Choice of Forum: ECC – Substantive and Formal Requirements; Complications

With regard to clauses designating the ECC as competent court, substantive and formal requirements require concise formulation. As an indirect consequence of what has been observed about any future ECC Regulation's formal scope – should an ECC serve the interests of litigants established both in- and outside EU territory? – it is important to favour international harmony by aligning as much as possible²⁵ the ECC premises with article 25 of the already mentioned Recast on one hand and the 2005 Hague Convention on the Choice of Courts on the other²⁶.

Even so, once parties, as underscored in this stage still hypothetically speaking, commonly and unequivocally opted for the adjudication of their conflict by the ECC, preferably via a template text²⁷, any such choice will not all by itself be capable of avoiding a series of well-known complications: how must courts deal with e.g., the contestation of parties' consent²⁸, or with-exclusive choice of court clauses, asymmetrical clauses offering different options to either party, alternative clauses allowing for both the ECC or adjudication in private via arbitration, potentially involving anti-suit conflicts²⁹, *lis pendens* fact constellations etc.? It goes without saying that an extra-dimension is created in case either or perhaps neither litigating party is residing in EU territory, and, certainly not least, in case of plurality of plaintiffs or defendants³⁰.

3.5. Proper law in a Proper ('Truly International') Forum

As the ECC is positioned by the EP Study as 'fully integrated into the European Judicial Area'³¹, at the same time, however, being 'a truly *international* forum', there is no sense in asking whether or not the *Gleichlauf* principle – the EU Member State court seized

²⁴ *Idem*.

²⁵ So far there is no interpretative judicature of CJEU.

²⁶ Troublesome may appear to be various loopholes and escapes enshrined in the 2005 Hague Convention (cf. footn. 21, above).

²⁷ The clause which was elaborated for the Netherlands Commercial Court may provide for some guidance: 'All disputes arising out of or in connection with this agreement will be resolved by the Amsterdam District Court following proceedings in English under that Court's Rules of Procedure of the Chamber for International commercial Matters („Netherlands Commercial Court" or „NCC"). Application for provisional measures, including protective measures, available under Dutch law may be made to the NCC's Preliminary Relief Judge in proceedings in English in accordance with the Rules of Procedure of the NCC.'

²⁸ This question unequivocally has to be solved on the basis of article 10.1 of EU Reg. 593/2008 ('Rome I') on the basis of the law that would apply if the parties' consent to the contract would not have been not contested.

²⁹ Illustrative, following the turmoil after the CJEU still under the reign of EU Regulation 44/2001 ruled in its judgment C-185/07 'Allianz v. West Tankers' is Recital 12 of the Recast, giving up on any autonomously decisive demarcation line between arbitration on one hand, and litigation in court on the other.

³⁰ Cf. the observation made above, under 3.3. and footn. 21.

³¹ EP Study, 4.4.2., p. 63.

applying the *lex fori* (national laws of the forum) – applies. In ECC court proceedings, this *lex fori* would logically speaking stand for *European* and not national substantive commercial laws: apart from numerous Directives³², understandably not being directly applicable, however, one must observe that there is no ‘European Commercial (Contract) Law Code’³³. Consequently, the Court must establish – either *ex officio* and *sua sponte*, or at the request of parties³⁴ – the proper ‘commercial’ law to be applied. To that end, the court must assess first whether any other uniform (commercial law) applies.

Apart from the 1980 Convention on the International Sales of Goods (CISG), initiatives reaching beyond did not result in hard law. In case the CISG does not claim application under the scope as defined in article 1 (a) and (b), as may for commercial relationships other than the sale of movable goods recourse must be had to the EU Private International Law framework, that is, to start, EU Regulation 593/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (‘Rome I’). This set of conflict of law rules, which likely applies mandatorily not only in national Member State court proceedings but also in ECC proceedings, has given rise to contemplations and questioning whether not perhaps article 3 on party autonomy, the freedom to choose the applicable law, ought to be narrowed to a choice pertaining to law systems ‘objectively’ showing certain (minimum) ties with the cross-border contract³⁵. Understandably, that concept is rejected: apart from the ‘liberal European tradition’ parties should be, as they already are, free to opt for a ‘third’, therefore ‘unconnected’ and ‘neutral’ law. It would not make sense to restrict party autonomy to a connected law only, as non-EU courts would ignore such a restriction under their conflict of law regime anyway³⁶. Theoretically speaking, one could argue that due to aspects of ‘procedural economy’ (costs and time consuming proceedings) only the choice of a system of law of an EU Member State and not of any ‘remote’ foreign state law should be honoured, but any such position would harm court proceedings where either, or even neither of the conflicting parties is an EU ‘resident’.

Noteworthy, however, still with regard to the freedom of choice, are two recommendations launched with a view to ‘Rome I’. As these recommendations are taken

³² EP Study, 2.1.1.1., with referral to (footn. 5) Henri Capitant, *La construction européenne en droit des affaires: Acquis et perspectives* (2016); Hopt, *supra* note 4, at 254 f.; Lehmann, *supra* note 4, at 42 ff.; Matthias Lehmann, Jessica Schmidt & Reiner Schulze, *Das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsrechtzbuches*, ZRP 2017, 225, 226, as well as versatile EU Directives in the fields of company law and commercial law.

³³ A French-German initiative for a ‘European Business Code’ was taken in 2017, whereas the initiative for a ‘Uniform Commercial European Sales Law’, P. Lagarde: ‘Common European sales law (COM(2011) 635 final) to be adopted, e-book 2013, p. 662, was withdrawn in 2018, <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law>.

³⁴ Cf. The observation made in 3.3. ‘in the communication with parties from different (legal and cultural) backgrounds.’

³⁵ EP Study, 4.2.1.1., p. 45 and ff.: ‘According to § 187 (2) (a) Restatement (Second) of Conflict of Laws and § 1-105 (1) Uniform Commercial Code (UCC) the law of the state chosen by the parties will only be applied if the chosen state has a substantial or reasonable relationship to the parties or the transaction’, with referral to Giesela Rühl, *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts*, in Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Rühl & Jan von Hein (eds), *Conflict of Laws in a Globalized World* (2007) 153, at 160 ff.

³⁶ EP Study, p. 46, with referral to e.g. article 116 of the Swiss Private International Law Code.

up in Section 4.2.1 preceding Sections 4.3 ('Improving dispute settlement in the Member States') and 4.4 ('Establishing a European Commercial Court') they are supposed to apply in both national Member States' court proceedings and ECC proceedings. This is in itself not incomprehensible as it would not make sense to create two different 'Rome I regimes', substantively speaking. As to the substance of the recommendations made, the EP Study *inter alia* advocates widening party autonomy under the conflict rule of article 3 to the extent that parties should be allowed to opt for *non-state* laws, as this would render court proceedings more attractive for commercial litigants, placing them on the same footing as in arbitration 'traditionally not hesitating to apply non-state laws'³⁷. Any such Reform of article 3 might well be redundant though: although admittedly the wording of article 3 does not explicitly allow for the choice of non-state laws, neither does it prohibit any such possibility. A confusing factor that may however not be overlooked is that the final Regulation text 593/2008 as it is in force currently was preceded by a pre-draft dating back to the year 2005, in article 3 subsection 2 still explicitly allowing for the choice of non-state laws, the removal of this possibility from the final text perhaps having been an un contemplated error³⁸.

Apart from the foregoing, the EP Study proposes yet another reform of article 3: the effects of a choice should no longer be limited in case the contract, except for the law chosen, has connections to one (and another) state only, in which case under the present concept of Rome I such a choice does not exclude the application of mandatory laws of either the latter state (art. 3.3) or of mandatory EU laws (article 3.4)³⁹. While acknowledging the interest of parties evading the 'objectively' applicable law, the view is advocated that the restrictions laid down in article 3, subsections 4 and 5 only will apply in case the commercial litigants start court proceedings in a *European* Member State court, or in a future ECC. As a consequence of curtailing 'their' autonomy, contracting parties might well opt out of court proceedings anywhere in 'Europe' and, instead, opt for court proceedings in a third (non-EU) country, not applying any EU conflict of law Regulations anyway⁴⁰. If however article 3 (3) and 3 (4) would indeed be abolished, parties thus being allowed to choose a 'foreign' law even for purely 'domestic' contracts, thus putting out of force mandatory laws without any restriction, it would be most likely that with the help of article 9 Rome I concerning mandatory laws courts would override certain 'choices' just the same, when and where needed. While making use of article 9 they would experience another complication, namely that this proviso only provides

³⁷ EP Study, p. 48, with the authority of the Queen Mary International Arbitration Survey 2010, stating that 14% of the respondents said that they had often chosen „commercial law rules contained in codifications” such as the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts.

³⁸ S. Rammeloo, *Via Romana*. Van EVO naar Rome I – Nieuw Europees IPR dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, NIPR 2006, p. 239 and ff. Via interpretative reasoning attempts were made to re-introduce the freedom of choice in favour of non-state laws, notably in an era that 'Principles' more and more became of interest to e.g. EU law Expert Groups (PECL, Principles of European Contract Law, cf. EP Study Section 4.4.2., referred to above).

³⁹ EP Study, p. 48.

⁴⁰ The EP Study (p. 48) speaks of a 'worst case scenario'.

for a legal basis of those mandatory laws that are in force in the Member State of the *forum*, or of the Member State *where contractual performances were or had to be carried out*.

Concluding, the proposal to ‘delete article 3 (3) and 3(4)’ for no other reason than that ‘this would further increase the attractiveness of Member State courts’⁴¹ and, consequently, of a European Commercial Court, does not deserve approval.

Quite daringly, however, the EP Study is even prepared to go even further, by seeking parallels with the proper law of a *tort* (cf. competition related contracts) relinquishing restrictions to the law chosen, not in respect of a contractual, but even, by virtue of article 14, for a tort relationship under the regime of EU Regulation 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations ‘Rome II’⁴². Likewise, parties should be allowed to opt for non-state laws like Principles of European Tort Law (PETL). It goes without saying, however, that the conflict category of tort – which appears to be of a so called *non-voluntary* nature – cannot be treated on the same footing as the conflict category of contracts.

And this is not yet where the story ends. The EP Study criticizes the divergences in wording of article 3 Rome I Regulation and article 14 Rome II, the former provision requiring a choice of the applicable contract law to be ‘made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case’, the latter providing that it must be ‘expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case’. In addition, an *ex-ante* choice of law must be ‘freely negotiated’. In the end, however, as is stated in the EP Study, it is unclear why a choice of tort law and a choice of contract law should be subject to different requirements. It only increases the risk that the parties draft a choice of law clause which is valid as regards the contract law and invalid as regards tort law. Therefore, the European legislature should align Article 14(1) Rome II Regulation with Article 3 Rome I Regulation and delete any requirement that an *ex ante* choice has to be „freely negotiated”. In addition, the requirements for an implied choice of law should be adjusted to match the requirements established by Article 3 Rome I Regulation⁴³. Once again, it must be noted that any ‘alignment’ of article 3 Rome I and article 14 Rome II in respect of a choice made by the parties may not ignore fundamental differences between contractual and non-contractual (tort) relationships, the latter category being heavily influenced by public policy notions. Just to mention a few differences: unlike for contractual relationships, in tort, except perhaps for the area of competition law, any choice of law tends to be of a posterior nature (i.e. after the tort has taken place). Besides, it must be borne in mind that any choice of a proper law of the tort may engender considerable differences in outcome as regards e.g. punitive damages.

4. Interplay – ECC, CJEU, and Member State (Commercial) Courts

⁴¹ EP Study, p. 48.

⁴² *Idem*.

⁴³ EP Study, p. 49.

4.1. Institutional Framework

The foregoing sufficiently demonstrates that, in national court proceedings and ECC proceedings alike, versatile questions, be it of a substantive or interpretative nature, may arise. As is shown in the preceding lines such questions may vary from e.g. jurisdiction to conflict of law rules, the range of substantive law sources available (or not, cf. what has been said about the demarcation lines between state laws, *lex mercatoria*, principles, etc.). Another category, and this is important to note now that there is a shift from national courts to a permanent ECC, is the 'correct' application of the *lex contractus*⁴⁴, occasionally (also) involving tort law. But one might well have to conclude that this point would never even be reached.

Notwithstanding the premise that under the TEU and TFEU the European *legislator* is indeed competent to install a Permanent European Commercial Court⁴⁵, the EP Study daringly starts by inquiring whether another EU institution, namely the CJEU, would be 'willing to accept and to tolerate another (Permanent) European court. 'Doubts are in order, for two reasons: first, according to TEU and TFEU, it is the CJEU that is entrusted with the final interpretation of EU law. And, second, the CJEU has recently – and repeatedly – emphasized that it does not want to leave the interpretation of EU law to other courts. In its *Achmea* judgment of 6 March 2018', as the EP Study continues, 'the CJEU held that an arbitration clause in a bilateral investment treaty between two Member States was incompatible with EU law because such clause allowed arbitral tribunals to apply and interpret EU law without being part of the EU judicial system'⁴⁶.

But unlike the Community clash underlying the CJEU's 'Achmea' ruling, the ECC is supposed to do nothing more than 'settling international disputes between commercial parties (...) like any national court or any arbitral tribunal primarily apply national law.' In that respect, the ECC would join e.g. the Benelux Court also being entitled to raise preliminary questions in CJEU proceedings. 'A European Commercial Court would, therefore, not call the CJEU's function and role within the European judicial system into question. On the contrary, it would accept and defer to the jurisdiction of the CJEU'⁴⁷.

4.2. European and Global Private International Law Framework

Potential EU Community law clashes between ECC and CJEU thus having been tackled convincingly, the focus may shift to solving cross-border commercial disputes in everyday practice. The opening lines of this section commence by referring to the Private

⁴⁴ The same type of problem of course arises when a national (Member State) court is not required to apply its 'own' *lex fori*. The difference is that in ECC proceedings the European Commercial Court in the absence of 'European' substantive commercial law shall not be able to apply a *lex fori* ever. Cf. M. Lehmann, Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch? ZHR 181 (2017) 9, p. 28 ff.

⁴⁵ Cf. *supra*, 3.2.

⁴⁶ EP Study 4.4.1.2, with referral to Judgment of 6 March 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, para. 38 ff., 43 ff.

⁴⁷ *Idem*, p. 61.

International Law Framework comprising the three main questions, namely competence, proper law and recognition and enforcement of court judgments throughout the EU.

The ECC is supposed to serve *voluntary* cross-border court proceedings only, operating alongside, not replacing national court proceedings in the EU Member States. Consequently, the wide range of potential jurisdiction conflicts, involving not only voluntary but also *contentious* judicature, may be expected to diminish considerably⁴⁸.

Still, while adjudicating versatile issues, an ECC first and for all will have to investigate, to the extent that the EU as a REIO is bound by the 2005 Hague Convention on Choice of Courts⁴⁹, moreover in cases where any of the parties is residing in a non-EU but Hague Contracting State, which legal framework should apply: that of the Hague Convention, the purported ECC Regulation, or, on the basis of either legislative referral in such an ECC Regulation or pursuant to analogous reasoning, the Recast regime⁵⁰. Accordingly, either of the instruments mentioned will apply in view of solving conflicts concerning, e.g., *lis pendens*, 'torpedo's', plurality of plaintiffs and/or defendants, residing in different EU and/or third states, asymmetrical or non-exclusive choice of court clauses, clauses allowing for parties to initiate either litigation in court, or arbitration, etc. It goes without saying that the process of ascertaining which PIL instrument applies is even more important against the background of preliminary rulings, affecting EU instruments like the Recast and/or ECC Regulation, not, of course, the Hague Convention.

In view of the applicable law, the quest in most cases will be less cumbersome: once not falling outside uniform Sales Law (VSC), and not falling outside the substantive scope of article 1, or the temporal scope of article 28 of the already mentioned EU Regulation 593/2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations ('Rome I')⁵¹, the bulk of commercial relationships an ECC will be submitted to the conflict of law regime of the latter Regulation, regardless whether or not the conflicting parties reside in- or outside 'Europe'⁵². For more than just one reason it is important not to overlook when and how Regulation 864/2007 ('Rome II') will come into play, as first, voluntary jurisdiction carries the risk of too narrowed choice of court clauses (a clause governing parties' contractual relationship, implicitly excluding tort actions?), and, second, the consequences in view of the already mentioned phenomenon of punitive damages.

The third main PIL question concerns the recognition and enforcement of (foreign, here, however, ECC) court judgments. Inasmuch not autonomously dealt with by a purported ECC Regulation, the question once again may come up whether any such

⁴⁸ As parties voluntarily submit their commercial dispute to the ECC there will be hardly any debate on e.g. exorbitant *forum actoris* jurisdiction (cf. articles 4 and 5 Recast).

⁴⁹ Cf. what has been said in Sections 3.3. and 4.2.

⁵⁰ In respect of the parties' residence and the interplay as regards formal scopes of the Hague 2005 Convention and the Recast S. Rammeloo, *New Cross-border Civil and Commercial Procedural Law on Prorogation: EU Regulation 1215/2012 (the 'Recast') and the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements – A Rubik Cube?*, in: *Recent developments in Private International Law/Dezvoltări recente în Dreptul Internațional Privat* (ed. M. Buruiană), Chișinău 2017, p. 344.

⁵¹ In forecoming cases the temporal scope may however be hard to define, cf. CJEU Case C-135/15 *Greek Republic v. Grigorios Nikiforidis*, EU:C:2016:774.

⁵² Art. 2 unequivocally ensures the universal formal scope of 'Rome I'.

recognition and enforcement falls within the scope of the 2005 Hague Choice of Court Convention, or whether (directly, or pursuant to legislative referral or analogous reasoning) the Recast regime applies. The relevance lies in the way 'Europe' regards enforcement rights (cf. abolition of *exequatur* or not?; *favor executionis* or not?)⁵³.

4.3. Substantive Law Framework

Once the proper law of the contract has been ascertained, the ECC has to apply that law. It is asked 'how a European Commercial Court would relate to the courts of the Member States. Would a European Commercial Court not undermine their authority if it were to decide disputes that have so far come within their jurisdiction? Would it not undermine their competence to apply and interpret national law?'⁵⁴ The answer before hand to that question, at least the answer provided for by the EP Study, is negative, as, once again, it is underscored that any dispute settlement by the ECC is of a voluntary nature, alongside the remaining option to go to national Member State courts on the basis of article 25 Recast and opt for the law to be applied to their contractual relationship under article 3 of 'Rome I'⁵⁵.

How would a Permanent ECC (have to) function in practice? When speaking about adjudication of cross-border commercial conflicts, the starting point for further reasoning must be, as pointed out already, that unlike in national Member State court proceedings it will be impossible for a European Commercial Court to apply the *lex fori ever (Gleichlauf)* for the simple reason that hitherto there is no 'European' substantive Commercial Law⁵⁶. This means that, to a certain percentage of cases, the advantage of a 'neutral' stand to both (or more) conflicting litigants may be outweighed by the loss of expertise of a 'national' court being better equipped to apply its own laws. This loss may be felt particularly in certain law areas (cf. finance, shipping, or other). It is hard to predict whether, and if so, to which extent precisely, there will be shift of court proceedings from the courts of e.g. two, hitherto reputed non-EU Member States (Switzerland and, as the prospects are, the UK)⁵⁷ to a Permanent ECC.

⁵³ EP Study, p. 63. Notably the concept of *favor executionis* may at first sight continue to apply once Brexit has been accomplished, as both an EU and a UK based plaintiff would still be able to invoke this principle, the UK, until Brexit being a REIO Contracting State, after all planning to remain or become a Contracting State to the Hague Convention – or perhaps even a 2007 Lugano Convention Contracting State. But one must realize that a risk exists that a UK based plaintiff no longer can enforce without *exequatur* (assuming that a future ECC Regulation will build further on the Recast concept).

⁵⁴ EP Study, p. 61.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ With the exception of global commercial law, notably the Vienna Sales Convention. A quite interesting side-effect could be that this instrument, so far being applied on a global scale yet without uniform interpretation, may nevertheless after a series of judgments be endowed with a certain level of uniformity in Europe, pursuant to ECC rulings. The same effect may show in respect of Contract Principles.

⁵⁷ It is important to underscore that also after a Brexit the UK will remain an important cross-border commercial dispute adjudication stand for the simple reason that the 2005 Hague Convention on the Choice of Court to which the UK intends to remain a Contracting State endorses the *traité double* concept (i.e. not only dealing with the court's competence but also governing the recognition and enforcement of court judgments from other Contracting States).

Against the background of the foregoing, the question deserves to be raised whether it would not be advisable to create a structure whereby cross-border commercial conflicts will be adjudicated upon in two stages: the first stage, establishing the ECC's competence and the proper law of the contract to be applied⁵⁸, whereafter in a second stage 'in flight' judges from the Member States⁵⁹ of which the *lex contractus* is held applicable adjudicate the conflict. This concept would, nevertheless, not be capable of solving all questions exhaustively, due to many factors falling outside the scope of the proper law: one may think of, in the very first place, the applicability of a *non*-EU state law, or, further, claims based not only on contract but also on tort law, even with the possible outcome of another proper law of the tort, mandatory laws of another legal order, the applicability of Contract Principles, etc.)⁶⁰. All these factors, not even to mention the CJEU called upon to give preliminary rulings, may engender considerable delays.

Another question is how successfully an ECC may be expected to function. For a future which is still behind the horizon, inevitably leading to highly tentative reasoning⁶¹, an ECC may build up authority: notably the combination of centralized court proceedings, these proceedings being conducted in English, this creates the possibility to store and build up digital access. After a series of probably many years, if not even decades, ECC judicature may, even without top down legislative action by the EU, have a unifying, uniforming effect, if not (yet) for contentious, than at least for *voluntary* court proceedings.

5. Towards a Permanent European Commercial Court? Impressions Following a Brainstorming Exercise

A Permanent European Commercial Court (ECC), as contemplated by the EP Study, purportedly will be endowed with the competence to adjudicate cross-border commercial ('b2b') disputes on voluntary basis (i.e. only when explicitly and commonly opted for by the litigating parties). So, ultimately, the ECC's prospects ultimately depend on its

⁵⁸ Cf. the EP Study, p. 62: 'the Court should only be competent to hear a case if the parties have agreed on the jurisdiction of the Court before or after a dispute has arisen.'

⁵⁹ About training judges, cf., EU portal website https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_training-120-en.do. And EP Study, p. 66, the referral to John Coughlan, Jaroslav Opravil & Wolfgang Heusel, Judicial training in the European Union Member States (2011), <https://rd.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-90-12-0257-9.pdf>.

⁶⁰ The EP Study rather daringly even states, p. 62, that 'where the Regulations do not offer choice of law rules, which is, for example, the case with regard 'agency or corporate law, the Court should apply general principles of European private international law to be determined through a comparative analysis of the Member States' laws.' It is highly doubtful though to apply general and vague principles to usually quite detailed and technical legal questions.

⁶¹ Numerous factors may have effects or side effects, swift court proceedings, clustering of expertise, and, last but not least the procedural costs. As an example, the fees under the reign of the Netherlands Commercial Court (€15000/7500 for substantive/summary proceedings) are still less costly than arbitration, with a bottom line though that the NCC does not have jurisdiction with claims falling below €25.000. Cf. Raad voor de Rechtspraak, Plan tot oprichting van de Netherlands Commercial Court, inclusief kosten-baten analyse, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/plan-Netherlands-commercial-court.pdf. For a recent comparative analysis, cf. J. Rutgers, Choice of Law in 'b2b' contracts: The law of the jungle, Sept 2018, European Review of Contract Law, pp. 241-268.

‘acceptance by the business community’⁶². As set out in the introductory lines, this contribution attempts to analyse, hypothetically speaking, the ramifications of introducing such an ‘optional’ brand-new ‘European’ Court as an extra commercial procedural layer. In the absence, so far, of any draft proposal text for a European Commercial Court Regulation, ‘conclusions’ cannot be drawn. It rather seems appropriate to speak of ‘impressions’, emanating from what can – and must – merely be seen as a ‘brainstorm session’.

As explained, the ECC’s purported jurisdictional power will be on a *voluntary* basis only. As a consequence, the ECC is supposed to take its own institutional stand complementing currently existing paths of both contentious and voluntary court proceedings in EU Member State courts under the ‘Recast’ regime (and, as a fully alternative means of dispute adjudication in private, arbitration).

The instalment of a new permanent ‘European’ Court for the adjudication of cross-border ‘b2b’ disputes does not seem to infringe upon the institutional Community law framework. *Prima facie*, there seem to be no unbridgeable competence frictions between an ECC and the CJEU either.

Legal practice will tell whether or not, after a certain period, an ECC can be expected to have added value in a Single Market and, even more, a globalising world. This added value component may result from higher regulatory competition resulting in higher ‘standards’, as well as from a bundling of expertise in a Permanent Court, swift proceedings, provided that these advantages will not be outweighed by procedural expenses or delays (CJEU preliminary stayings; proceedings in two instances).

Like national Member State courts, however, an ECC must be well-prepared to face ‘traditional’ PIL-related complications (jurisdiction, clashes and overlaps with the 2005 Hague Convention on Choice of Courts; characterization of conflict – contract or tort?; asymmetrical or non-exclusive jurisdiction clauses; *lis pendens* and torpedo’s, the ascertainment of the proper law of the contract in the absence of a law chosen by the litigants under the reign of the ‘Rome I’ Regulation 593/2008, concurrence of proper law of the contract and, under ‘Rome II’, the proper law of a tort). As regards the latter source, some proposed revisions (freedom to choose the law in purely domestic conflicts without restrictions) do not deserve approval. Last but not least, easy access to centralized digital ECC judicature in exclusively English as working language, without the need to fall back on time and money consuming (and possibly often erroneous) cross-over translations may further increase the reputation of an ECC.

⁶² G. Rühl (footn. 1, OxfordLaw Blog).

***The Rebus sic stantibus* Doctrine from a Comparative Perspective with a Special Emphasis on its Legal Treatment in the Croatian Legal System and Jurisprudence**

Doctrina *rebus sic stantibus* în perspectivă comparativă, cu accent special pe tratamentul său juridic în sistemul juridic 0i jurisprudența din Croația

Dr. sc. **Lidija ŠIMUNOVI**
Ph. D. in Law, Assistant
University Osijek, Croatia
Faculty of Law, J. J. Strossmayer
Department for Commercial Law

Abstract

The rebus sic stantibus doctrine, as a basis for the adaptation or termination of a contract due to changed circumstances, is not equally regulated in common law and civil law countries. Today, in most countries belonging to the civil law tradition, this institute is expressly regulated in the national laws. On the other hand, common law countries do not recognize the rebus sic stantibus doctrine, but they have comparable institutes, such as frustration and impracticability. In light of this fact, the aim of this paper is to provide a comparative overview of rebus sic stantibus in civil law and common law countries, with a special emphasis on the Croatian model. The central part of the paper deals with the legislative framework and a critical analysis of the positions of the judicial practice related to rebus sic stantibus in Croatia. On the basis of this analysis, in the final part, the author discusses whether there is a need for amendments of the Croatian law and judicial practice de lege ferenda in order to adapt to the needs of the contemporary business practices and the tendencies found in comparative legal systems.

Keywords: *rebus sic stantibus; changed circumstances; contract adaptation; contract termination; frustration, impracticability.*

Rezumat

Teoria rebus sic stantibus, ca fundament al adaptării sau încetării unui contract datorate unei schimbări a împrejurărilor încheierii acestuia, nu este reglementată unitar în țările aparținând common law și tradiției de drept civil. Astăzi, în majoritatea

țărilor aparținând tradiției dreptului civil, această teorie este reglementată în mod expres în legile naționale. În schimb, common law nu recunoaște teoria *rebus sic stantibus*, ci teorii comparabile cunoscute drept *frustration* și *impracticability*. În lumina acestui fapt, scopul lucrării de față este acela de a oferi o imagine de ansamblu comparativă a teoriei *rebus sic stantibus* în țările de drept civil și common law, cu accent deosebit pe modelul croat. Partea centrală a lucrării se referă la cadrul său legislativ și cuprinde o analiză critică a pozițiilor practicii judiciare legat de teoria *rebus sic stantibus* în Croația. Pe baza acestei analize, în final, autorul pune în discuție nevoia modificării legii croate și a practicii judiciare de lege ferenda, în sensul adaptării acestora nevoilor practicilor contemporane în afaceri și tendințelor constatate în sisteme juridice comparative.

Cuvinte-cheie: *rebus sic stantibus*; împrejurări schimbate; adaptarea contractului; încetarea contractului; *frustration*; *impracticability*.

1. Introduction

The principle of party autonomy is one of the fundamental principles of the law of obligations, both for civil and commercial contracts. It allows the parties to establish and design their relationships in the manner most favorable to them, as long as they remain within the scope of the cogent rules¹. The freedom of the parties to regulate their relationship is closely tied to the generally recognized principle of *pacta sunt servanda* which originated in Roman law². This is another fundamental principle of the law of obligations, which states that the contract is the law for the parties and they are therefore obliged to perform it in the stipulated manner³. Furthermore, this principle aims to prevent the parties from unilaterally amending the contract and ensuring the *in favorem contractus* approach⁴.

However, the circumstances which existed at the time of the conclusion of the contract can subsequently change in a significant way. In such situations, the principles of consciousness, fairness and equality of the parties can derogate the absolute formalism in the adherence to the provisions of the contract in certain cases⁵. Therefore, certain legal systems depart from the strict application of the *pacta sunt servanda* principle, and allow the adaptation or termination of the contract based on the interpretation of the

¹ See e.g.: Art. 2 Croatian Obligation Act, Official Gazette Croatia 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18. Hereinafter: COA.

² Also see: Jauernig/Stadler, 17. Aufl. 2018, BGB § 313. marg. 2. Available at: URL=< <https://beck-online.beck.de>> Accessed 18 March 2019.

For Croatian law see: Silvija Petrić, The Adaptation or Termination of the Contract due to Changed Circumstances Under the New Obligations Act, *The Journal of the Faculty of Law of the Rijeka University*, Vol. 21. Issue 1/2010, p. 3.

³ *Ibid.* Petrić, p. 4.

⁴ *Ibid.* See also: Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in the Economy*, 49, Issue 5/2010, p. 1278.

⁵ These principles can be found in all laws on obligations. See among others: Art. 4 and 7. COA.

rebus sic stantibus doctrine⁶.

This doctrine is not universally recognized in all legislatures. There are substantial divergences in its recognition and interpretation in civil law and common law countries. In civil law countries, the *rebus sic stantibus* doctrine allows the adaptation or termination of the contract due to changed (new) circumstances which occurred after the contract was concluded, could not have been foreseen or removed, which makes the performance of the other party excessively onerous⁷. Under the legal systems which expressly regulate this doctrine, the parties are bound to perform their contractual obligations until there is a change in (economic) circumstances, which could not be foreseen at the time of the conclusion of the contract⁸. Thus, *rebus sic stantibus* should be distinguished from *force majeure* which represents an absolute (both physical and legal) impediment to the performance of the contract, and it is not limited to economic hardship⁹. Unlike in civil law countries, the concept of *rebus sic stantibus* does not exist in common law countries. These countries rely on similar institutes, such as *frustration and impracticability*¹⁰. However, despite principal similarities, these institutes differ in significant ways¹¹.

In light of the above, this paper aims to provide a comparative overview of the interpretations of *rebus sic stantibus* in civil law and common law countries. The central part of the paper deals with the analysis of the provisions on *rebus sic stantibus* in Croatian law and judicial practice. In the final part of the paper, the author discusses whether the provisions and positions taken by the Croatian law and judicial practice are in accordance with the needs of the contemporary legal dealings and the tendencies in comparative law.

2. The *rebus sic stantibus* in civil law countries

⁶ The term *rebus sic stantibus* is based on the Latin phrase: „*contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de future rebus sic stantibus intelliguntur*,” Asril Sitompul, *Pacta Sunt Servanda* in *Treaties Law*. Available at: <http://pihilawyers.com/blog/p=16>. Accessed on 27. 3. 2019.

⁷ See among others: Art. 369. COA; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th Ed, Oxford, London, 1990, p. 620; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed: 27. March, 2019.

⁸ *Ibid.*

⁹ Hutchison, Andrew, *Change of Circumstance in Contract Law: The Clausula Rebus Sic Stantibus*, *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, Vol. 72, No. 1/2009, p. 60; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019. For more on the economic inability to perform the contract, see: Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, 1987, München, p. 318 et seq.

¹⁰ A similar doctrine exists under the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) as the concept of hardship. For more on this concept see: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG/Atamer, 2. Aufl. 2018, CISG Art. 79 Rn. 78-86. Available: URL=< <https://beck-online.beck.de>> Accessed on 18 March 2019.

¹¹ Also see: Hubbard, Steven W. „Relief from Burdensome Longterm Contracts: Commercial Impracticability, Frustration of Purpose, Mutual Mistake of Fact, and Equitable Adjustment”, *Missouri Law Review* vol. 47, no. 1/1982, p. 83 and 92; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

2.1. From Roman law to the enactment of the first National Codifications in Europe

Chronologically speaking, the *rebus sic stantibus* doctrine had a long gestation period and it appeared relatively late. This is because the principle of *pacta sunt servanda*, which mandates the strict compliance and performance of the contractual provisions for the contracting parties, held the absolute primate for a long time and it strictly applied to all contracts. Certain attempts of establishing a favorable approach to changed circumstances by some Roman authors (such as Paulus, Marcellus i Africanus) did not make a notable impact¹².

This historical preference of the *pacta sunt servanda* principle over *rebus sic stantibus* has religious origins, because monistic religions required the believers to strictly comply with the given word and the fulfillment of obligations¹³. The first significant departure from the *pacta sunt servanda* principle occurred with the development of trade in the interpretations of the canonists from the 12th and 13th century¹⁴. In their interpretations, the contemporary jurists stated that long-term contracts with successive deliveries should be interpreted in accordance with the language of the contract only if there are no subsequent changes of circumstances¹⁵.

The more significant development of trade led to an increased popularity of the *rebus sic stantibus* doctrine in the decisions of the church courts regarding usurious contracts in the 15th and 16th century¹⁶. However, the economic and trade crisis, which lasted until the end of the 18th century, hindered the full recognition of this doctrine for all contracts and the rejection of this theory and the re-introduction of strict compliance with the *pacta sunt servanda* principle¹⁷. The decreased popularity of the *rebus sic stantibus* doctrine was a result of the revolutionary movements and liberalism which were on the rise in Europe

¹² Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, Law in Economy, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1279. For Roman sources see: Digest, Book L, 17.

¹³ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019. See also: Garner, James W., *Revision of Treaties and the Doctrine of Rebus Sic Stantibus*, *Iowa Law Review*, Vol. 19, No. 2/1934, p. 319.

¹⁴ Hutchison, Andrew, *Change of Circumstance in Contract Law: The Clausula Rebus Sic Stantibus*, *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, Vol. 72, No. 1/2009, p. 61; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

¹⁵ *Ibid* Aziz.

¹⁶ Hutchison, Andrew, *Change of Circumstance in Contract Law: The Clausula Rebus Sic Stantibus*, *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, Vol. 72, No. 1/2009, p. 63; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

¹⁷ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019. See also: Hutchison, Andrew, *Change of Circumstance in Contract Law: The Clausula Rebus Sic Stantibus*, *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, Vol. 72, No. 1/2009, p. 60-63.

at the time¹⁸. This situation preceded the adoption of the first codifications in Europe at the end of the 19th and the beginning of the 20th century. Considering the fact that the *rebus sic stantibus* doctrine was integrated differently into the national legislation of civil law countries, the following sections analyse separately German and French law as the typical comparative law representatives in this sense.

2.2. From the enactment of the national codifications to this day

2.2.1. France

France is a civil law country in which civil and commercial courts did not allow the adaptation or termination of commercial and civil contracts due to changed circumstances¹⁹. This formalism and rigidity in the application of the *pacta sunt servanda* the earlier French judicial practice²⁰. The situation did not change significantly even with the adoption of the French *Code Civil* in 1804²¹. It provided in article 1134 that contracts can only be adapted with the consent of both parties, or under the conditions provided by law, and that the contracts have to be performed in good faith²².

Although some French scholars considered this to be an indirect introduction of the *rebus sic stantibus* doctrine into French law, the French courts in civil and commercial matters were not inclined to such interpretations and they refused to allow the adaptation and termination of contracts²³. The only exception in this regard were the decisions of the French administrative courts which, under the influence of the consequences of World War I and the large economic crisis and the devaluation of national currency, allowed the adaptation of the contract price only for contracts related to the concession of power and gas, public works and government contracts²⁴.

¹⁸ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on 27. March, 2019.

¹⁹ Monteiro, Antonio Pinto; Gomes, Julio, *Rebus Sic Stantibus - Hardship Clauses in Portuguese Law*, *European Review of Private Law* vol. 6, no. 3/1998, p. 320, Silvija Petrić, *Adaptation or Termination of the Contract Under the New Obligations Act*, *The Journal of the Faculty of Law of the University of Rijeka*, Vol. 21. Issue 1/2010, p. 6.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Pravo u gospodarstvu*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1299.

²² Tako i: Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019. Also see: Silvija Petrić, *Adaptation or Termination of the Contract Under the New Obligations Act*, *The Journal of the Faculty of Law of the University of Rijeka*, Vol. 21. Issue 1/2010, pp. 6-8.

²³ Under French law, this theory is called „*theorie de l'imprevision*” (the theory of unforeseeability, *impervision*). Also see: Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1278. On the rejection of this theory by French courts, see: Đorđe Čobelić, *Promjenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu (clausula rebus sic stantibus)*, Beograd, 1972, p. 18.

²⁴ O tome vidi više: Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.; Silvija Petrić, *Adaptation or Termination of the Contract Under the New*

This situation remained in force in France until the enactment of the amendments to the French Civil Code in 2016. The amendment to article 1195 expressly provides that, if there is a change of circumstances which were not foreseeable at the time the contract was concluded, and thus the other party did not agree to the risk of such a change and suffered significant hardship, it is entitled to request renegotiations with the other contracting party in order to adapt the contract²⁵.

During the course of the renegotiations for the adaptation i.e. adjustment to the new circumstances, the party invoking the changed circumstances must continue to perform their obligations from the initial contract²⁶. The French legislature provides that the next step can only be taken if the renegotiations fail. In such a case, the parties can consensually terminate the contract with effect from the occurrence of the changed circumstances or some other date the parties agree to²⁷. If an agreement cannot be reached by the parties, then the French legislator allows the parties to seek the adaptation or termination of the contract before a court. If the parties are unable to agree on such a resolution in a reasonable time, then one of the parties can request a judicial adaptation or termination of the contract²⁸.

It thus follows that the *rebus sic stantibus* doctrine was only recognized and applied as a basis for contract adaptation and termination of all contracts (commercial and civil, not only administrative) from 2016²⁹. Thereby, the French legislator removed all doubts and the French law officially recognized the *rebus sic stantibus* doctrine. However, there are still traces of the French legal heritage and the idea that the *pacta sunt servanda* principle and party autonomy have precedence. The French legislator granted the rights to seek judicial contract adaptation or termination based on changed circumstances very reluctantly. Namely, the parties seeking the adaptation/termination were still required to attempt a consensual resolution, and to even subsequently initiate court proceedings jointly, and only thereupon a single party could request judicial contract adaptation/termination, if all else fails. The question arises how the appropriate deadline for reaching the agreement would be determined. Considering the fact that the relevant provisions have been implemented under French law for a fairly brief period of time, it will be interesting to see the answers offered by the French judicial practice.

Obligations Act, *The Journal of the Faculty of Law of the University of Rijeka*, Vol. 21. Issue 1/2010, p. 8; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1299.

²⁵ See Art. 1195. franc CC, Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, modification or dissolution of contracts due to changed circumstances, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, p. 30.

²⁶ See Art. 1195. franc CC, Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, modification or dissolution of contracts due to changed circumstances, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, p. 30.

²⁷ *Ibid.* For more on the reform related to *rebus sic stantibus* in the French legislature, see: John Cartwright, Simon Whittaker (edt.); *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Hart publishing, Oxford and Portland, 2017, p. 187.

²⁸ See Art. 1195. franc CC, Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, modification or dissolution of contracts due to changed circumstances, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, p. 30.

²⁹ For more about doctrine *rebus sic stantibus* in Portuguese law see: Papanikolaou, Panagiotis. "Rebus Sic Stantibus und Vertragskorrektur auf Grund Veranderter Umstände im Griechischen Recht," *European Review of Private Law* vol. 6, no. 3/1998, p. 303-318.

2.2.2. Germany

Unlike France, Germany adopted the concept of *rebus sic stantibus* much sooner. This occurred first in the German judicial practice³⁰. Although the BGB from 1990 did not contain an express *rebus sic stantibus* provision, the German courts applied it through the extensive interpretation of the impediment to perform the contract, which was extended to economic impediment³¹. Over the years, the adaptation or termination of the contract were initially justified through the interpretation of the principles of consciousness and fairness, from Paragraph 242 of the BGB. This paragraph provides in relevant part that: „an obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration³².”

This understanding was severely criticized and abandoned very soon³³. It was replaced by the interpretation of the German professor Oertmann who developed a doctrine entitled *Wegfall der Geschäftsgrundlage*³⁴. This doctrine was cited in thousands of decisions under German law as it provides that the contract is built on the contractual basis (purpose)³⁵. The legal basis of the contract is the perception of the existing contractual circumstances which were known to the parties at the time the contract was concluded, or they were known to one party while the other could not have been unaware of such circumstances³⁶. The contractual basis serves as the foundation for the conclusion of the contract and the development of the contractual relationship. If there is a radical change in such circumstances after the conclusion of the contract, a court can adapt or even terminate the contract³⁷.

The final affirmation of Oertmann's position was its inclusion into the provision of Article 313 BGB in 2001³⁸. This article provides that, if the circumstances which formed

³⁰ MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 8. Available: URL=< <https://beck-online.beck.de>> Accessed 18 March 2019; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

³¹ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1300; Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, *modification or dissolution of contracts due to changed circumstances*, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, p. 30.

³² See: par. 242. BGB. In this sense, see: Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, *modification or dissolution of contracts due to changed circumstances*, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, pp. 30-31.

³³ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301.

³⁴ MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn. 8-11. Available: URL=< <https://beck-online.beck.de>> Accessed on: 18 March 2019; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

³⁵ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301.

³⁶ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301.

³⁷ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301; Silvija Petrić, *Adaptation or Termination of the Contract Under the New Obligations Act*, *The Journal of the Faculty of Law of the University of Rijeka*, Vol. 21. Issue 1/2010, p. 6.

³⁸ Tako i: MüKoBGB / Finkenauer, 8. izdanje 2019, BGB § 313 marg. 1, 2. Available: URL=<

the contractual basis of the contract significantly change after the conclusion of the contract, or if they would not have concluded the contract, or would have agreed to different terms if they had foreseen such a change, contract adaptation can be requested³⁹. Adaptation is allowed under the condition that all the relevant circumstances of the case are taken into account, as well as the contractual and statutory risk allocation, and if it would be unreasonable to expect the performance of the other party⁴⁰. If it is determined that the substantive terms which form the basis of the contract are incorrect, they are treated as changed circumstances⁴¹.

With such a regulation, expressly recognized that changed circumstances can affect the contract, it is notable that the German legislator intended to allow a narrow or minimal scope of contract adaptation. Only if such a solution is not possible, the contract can be avoided or terminated in cases of long-term contracts.

It is interesting that the German legislator treats inaccurate substantive terms which form the basis of the contract as changed circumstances as well. An inaccurate perception of the material terms of the contract could be considered an error. However, considering the fact that the *rebus sic stantibus* doctrine is applied widely to all contractual basis under German law, then this approach is correct. Namely, the material terms definitely are a part of the basis of the contract and thus, it is justified to allow the adaptation or termination of the contract if they were incorrect⁴².

online.beck.de> Accessed on: 18 March 2019. Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, modification or dissolution of contracts due to changed circumstances, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, p. 31; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301.

³⁹ See Art. 313. BGB.

⁴⁰ See Art. 313. BGB.

⁴¹ See Art. 313. par. 2. BGB. See also: Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301. See Art. 313. par. 3. BGB. Sličan koncept prisutan je danas i u švicarskom pravu. O tome vidi više: Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, 3/2001, available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1301.

⁴² Under German law, the *disturbance of the contractual base* is the generic term which includes both the *omission* and the initial *absence of the business base*. *The contractual basis* can be determined as the subjective and objective base of the factual criteria. The so-called *subjective formula of the contractual basis* is constituted by the common intentions of the parties which are not included in the contract but they are identifiable and unobjectionable by the business partner of one party regarding the existence, future occurrence or continuation of certain circumstances which are within the business will of the parties. In contrast, the *objective contractual basis* is mainly supported and accepted in the literature. The reason of that is because it refers to all circumstances whose existence or continuance is required so that the contract as intended by both contracting parties can still exist as a meaningful regulation. Considering the fact that both the subjective and objective elements have to be taken into consideration for each contract, the subjective formula is predominant in the German practice. Jauernig / Stadler, 17th edition 2018, BGB § 313 marg. 3. Available: URL=< <https://beck-online.beck.de>> Accessed on: 18 March 2019. Italy, just like Germany, recognized the *rebus sic stantibus* doctrine in judicial practice for a longer period of time. Chronologically speaking, Italy was the first civil law country which introduced it expressly into the Italian *Codice civile* back in 1942 in the provisions of Art. 1467. (Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, modification or dissolution of contracts due to changed circumstances, *Pravni vjesnik*, Vol. 34, Issue: 2/2018, p. 32; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1302). Such a regulation was retained to this day. The Italian CC provides that contract termination could be requested by the party whose contractual performance has become excessively onerous due to extraordinary and unforeseeable events. (See Art 1467. tal. CC. Contract termination can then be requested with the effects laid

It should be noted that German authors caution that courts should still be guided by the principles of consciousness and fairness in their application of the *rebus sic stantibus* doctrine, and to be vigilant for attempts of the parties to fraudulently rely on changed circumstances in order to avoid performing their obligations⁴³.

3. The *rebus sic stantibus* doctrine in Common Law countries

The adoption of the *rebus sic stantibus* from Roman law did not impact common law countries. The judicial practice and legislature in those countries developed independently from Roman law, which is why the *rebus sic stantibus* doctrine is not expressly regulated nor mentioned in case law, either historically, or today⁴⁴. However, courts from the Anglo-Saxon legal tradition have developed substitute institutes which regulate situations of changed circumstances. These are the doctrines of: *frustration* and *impracticability*⁴⁵. Although all these doctrines are different, they are also similar because they relate to the assessment of the effect of changed circumstances on the contract⁴⁶.

3.1. The *frustration* doctrine

The *frustration* doctrine developed independently from Roman law in English law. It was first mentioned in the *Taylor vs. Caldwell* case (1863), which recognized the possibility of release from contractual obligations due to subsequent events⁴⁷. The inability to perform the contract is connected to subsequent impediments which occurred after the conclusion of the contract, which are not caused by either party, and which substantially changed the *implied terms*, i.e. the initial obligation⁴⁸.

This doctrine has a much broader scope than *rebus sic stantibus*, because it does not

down in art. 1458. tal. CC). If the other party offers an equitable contract adaptation, the affected party is bound to accept it. Ordinary contracting risks do not constitute changed circumstances. (See Art. 1467 tal CC. Also see: Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, Law in Economy, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1302.).

⁴³ MüKoBGB / Finkenauer, 8. izdanje 2019, BGB § 313 marg. 5. Available: URL=< <https://beck-online.beck.de>> Accessed on: 18 March 2019

⁴⁴ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed: 27. March, 2019; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, Law in Economy, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1305.

⁴⁵ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed: 27. March, 2019.

⁴⁶ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, Law in Economy, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1306.

⁴⁷ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, Law in Economy, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1306. In this case, the court released the lessee of the payment obligation for the lease of a concert hall, because it was burnt down prior to the commencement of the lease term. The existence of the concert hall was an implied term. Considering the fact that it was burnt down, the court released the lessor from liability for non-performance of the contract. *Ibid.*

⁴⁸ Also see: Aleksandar Goldštajn, *Commercial Contract Law – International and Comparative*, Zagreb, 1991, str. 305; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, Law in Economy, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1307.

only cover the frustration of the purpose, but also other types of frustration, such as the destruction or unavailability of the object of the obligation, death, temporary inability to perform, legal impediments etc.⁴⁹.

The *frustration* doctrine was further developed in the cases of *Krell vs. Hery* and *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.*⁵⁰. In the *Krell vs. Hery* case from 1903, the court found that a contract is frustrated not only when there is a subsequent inability to perform, but also if the purpose of the contract is frustrated⁵¹. Furthermore, in the *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* case, it was stated that frustration exists even if the circumstances change in a way that the contractual obligation no longer corresponds with the obligation intended by the parties⁵². Thus, the court found that “...*frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract*”⁵³.

3.2. The impracticability doctrine

The *impracticability* doctrine was expressly introduced into the American legislature back in 1962, through the provision of Art. 2-615. UCC (Uniform Commercial Code: hereinafter: UCC). Its scope of application is limited to commercial sales contracts, in cases where the economic circumstances have changed so much that the purpose of the contract is threatened⁵⁴. In such cases, parties can be released from their obligation, and they will not have to perform, if the delayed or incomplete delivery from the seller was caused by an unforeseen event whose absence or non-occurrence was a presumed at the time of the conclusion of the contract⁵⁵. Thus, *impracticability* exists only if the performance has become excessively and unreasonably difficult⁵⁶. The decision on whether the requirements for

⁴⁹ Also see: Aleksandar Goldštajn, *Commercial Contract Law – International and Comparative*, Zagreb, 1991, str. 305; Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1307.

⁵⁰ In this case, Henry agreed to rent a hotel room in order to observe the coronation of the king. Since the ceremony was postponed due to the king's illness, the purpose of the contract could not be fulfilled. Therefore, the court released Henry from the payment obligation for the hotel room. Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1307.

⁵¹ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1307.

⁵² Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>.

⁵³ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>.

⁵⁴ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, pp. 1306-1307; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019. The frustration doctrine was adopted in several common law countries, such as Canada, Australia and New Zealand. *Ibid*.

⁵⁵ See: Art. 2-615. UCC. Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Law in Economy*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1308.

⁵⁶ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/>

impracticability were met is made by the courts on a case-by-case basis⁵⁷.

Therefore, this doctrine requires that the newly occurred circumstances change the initial position on which the contract was based, in a way that affects the direct economic purpose of the contract, that such a situation was not the fault of the contracting parties, and that its absence was the basic prerequisite for the conclusion of the contract⁵⁸.

It can be concluded that both the *frustration* and *impracticability* doctrines refer to changed circumstances, but in a different way than the *rebus sic stantibus* doctrine. The scope of the *frustration* doctrine is broader than that of *rebus sic stantibus* and *impracticability*. It covers situations which are connected to both subsequent changes and the changes to the purpose of the contract. On the other hand, the *impracticability* doctrine is limited to the change of economic circumstances, and only to commercial sales agreements. Therefore, the scope of *impracticability* is narrower than the *rebus sic stantibus* doctrine.

4. *Rebus sic stantibus* in Croatian law and jurisprudence

4.1. *The requirements for contract adaptation or termination*

The *rebus sic stantibus* doctrine is regulated expressly in Croatian law in Articles 369-372 of the Croatian Obligations Act (hereinafter: COA)⁵⁹. The adaptation or termination of the contract can be requested due to changed circumstances which occur after the conclusion of the contract, which could not be foreseen at the time of the conclusion of the contract, and which make the performance of the contract excessively onerous to on contracting party or would cause significant loss⁶⁰.

In the regulation of the *rebus sic stantibus* institute, the Croatian legislator, like other

18.html. Accessed on: 27. March, 2019; PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*. 3rd Edition. St. Paul, Minn.: West, 1987.

⁵⁷ Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

⁵⁸ Zvonimir Šafranko, *Rebus sic stantibus*, *Pravo u gospodarstvu*, Vol. 49, Issue 5/2010, p. 1308; Aziz T Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 8, Number 3 (September 2001), available at: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>. Accessed on: 27. March, 2019.

⁵⁹ See Art. 369-372 COA.

⁶⁰ See Art. 369 para. 1 COA. The provisions of th COA from 2005 on the adaptation and termination of the contract due to changed circumstances (396-372 COA) differ from the provisions of the COA from 1978 (133-136 COA from 1978). The legislator stated the grounds for the amendments as the simplification of the requirements for the adaptation or termination of the contract. The new provisions do not provide that it is easier to adapt or terminate the contract under the provisions of the COA from 2005, but that the fulfillment of the purpose of the contract is no longer a requirement for the adaptation or termination of the contract. Furthermore, the unfairness criteria for this institute was pushed aside with the amendments of the COA, because it is not a requirement for the termination, but only for the adaptation of the contract. The purpose of this approach was to emphasize that the primary remedy for changed circumstances should be contract adaptation, and only thereafter, contract termination. (Draft Obligations Act, available at: http://www.iusinfo.hr/Appendix/RDOCSB_HR/ent_id_556.PDF, p. 10, 31.1.2019).

civil law legislators, did not expressly provide for a definition or examples of changed circumstances⁶¹. This approach is appropriate because it is difficult to foresee all the possible circumstances which could fall into this category⁶². The formulation of the provisions of the COA leads to the conclusion that changed circumstances are only those which impact the economic weight of the performance and the balance between the contracting parties and the mutual performances⁶³. Therefore, there has to be an occurrence of factual circumstances which did not exist at the time of the conclusion of the contract which replace the previous circumstances⁶⁴.

The circumstances have to be inevitable and extraordinary in comparison to the circumstances expected in the ordinary course of dealings⁶⁵. The provisions of the COA also point to this fact, where the term „extraordinary circumstances” is used in Article 369 Paragraph 1, under the title „Changed Circumstances”⁶⁶. The adaptation or termination of the contract cannot be requested by the party which is invoking changed circumstances, even though it was bound to take such circumstances into account at the moment of the conclusion of the contract, or if it could have avoided or overcome such circumstances⁶⁷. This conclusion was confirmed by the Croatian judicial practice which concluded that legal entities which conduct economic (professional) business have to take into account the business risk of the reduction of demand and price during the conclusion of contracts⁶⁸.

The level of due care which should be applied in such cases cannot be universally determined, but it is assessed in relation to the type of business. Merchants and experts are obliged to adhere to the higher standard of due care of a good business person, or good expert⁶⁹. On the other hand, a lower standard of due care applies to the citizens and consumers in comparison to merchants and experts. Therefore, when entering into a contract, financial institutions, such as banks, must consider the possibility of changed interest rates in order to avoid the harmful effects of the contract⁷⁰. If the financial

⁶¹ In this sense, compare Article 269 COA with Paragraph 313 BGB.

⁶² In this sense, see for example Paragraph 313 BGB.

⁶³ Gorenc, V. et al. Commentary of the Obligations Act, Zagreb, 2014, p. 605.

⁶⁴ Gorenc, V. et al. Commentary of the Obligations Act, Zagreb, 2014, p. 606. The Croatian judicial practice defines changed circumstances in this sense, stating that those are only circumstances which occurred between the conclusion of the contract and the accrual of the obligation and which impact the affected party in an unpredictable, inevitable and irresistible way. See, for example, the Decision of the District Court in Split, GŽ-1855/15, from 10. III. 2016.

⁶⁵ Therefore, only the party which is prevented from performing its contractual obligation due to changed circumstances which created large economic loss can request the adaptation or termination of the contract. This was confirmed by the Croatian judicial practice which concluded that the other side which did not receive the performance of the contract due to changed circumstances cannot invoke such circumstances. In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 1616/15-3, from 6.9.2016.

⁶⁶ In this sense, see Article 369. of the COA.

⁶⁷ See Article 369. paragraph 2 of the COA.

⁶⁸ In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 710/2013-2 from 4.9.2013.

⁶⁹ In this sense, see Article 10 paragraph 1 of the COA.

⁷⁰ In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev-2521/95, from 7. II. 1996.

institutions failed to do so, they would not be entitled to request the adaptation or termination of the contract due to changed circumstances, in the event of a decrease in interest rates or an inflation of prices⁷¹.

Furthermore, difficulties such as weaker purchase power or a difficult economic situation do not qualify as extraordinary events which could not be foreseen at the time of the conclusion of the contract⁷². The mere fact that recession occurred after the conclusion of a sales contract is not a change of circumstances under the *rebus sic stantibus* doctrine⁷³. Similarly, the increase of competition on the hospitality market and the decrease of purchase power after the conclusion of a lease agreement for a hospitality establishment do not constitute circumstances which could not have been foreseen by the party at the time of the conclusion of the agreement⁷⁴.

The increase of the prices is not a changed circumstance in the sense of the doctrine *rebus sic stantibus*⁷⁵. Also, if the initially stipulated price was symbolic and it surpasses the regular costs of the maintenance of the object of the contract, and one party does not agree to the adaptation of the price amount which was previously agreed, the other party can request the termination of the contract⁷⁶.

Namely, the occurrence of new circumstances will not affect a large and small or medium-sized enterprise in the same manner. Furthermore, the same degree of foreseeability cannot be presumed for parties with different backgrounds, experience and market powers. Thus, this assessment should be made on a case-by-case basis.

It should be noted that a change in the characteristics of a party during the life of the contract is not a change of circumstances in the sense of *rebus sic stantibus* (for example, a merchant became a citizen or *vice versa*). Furthermore, a change in the object and purpose of the contract, the value of the mutual performances and the increased effort and costs of performance for the affected party are not grounds for the adaptation or termination of the contract under the *rebus sic stantibus* doctrine⁷⁷.

A party requesting variation or termination of the contract cannot invoke a change of circumstances that occurred after the expiry of the time limit for performance of the

⁷¹ In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev-2521/95, from 7. II. 1996; and the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 1656/99, from 9. III. 2000.

⁷² In this sense, see the Decision of the District Court in Osijek Gž-89/12 from 22. 3. 2012.

⁷³ In this sense, see the Decision of the District Court in Dubrovnik Gž-202/16 from 29.6.2016.

⁷⁴ In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 1112/01-2, from 5.XI. 2003.

⁷⁵ In this sense, see the Decision of the District Court in Zagreb, Gž-4798/02, from 5.10.2004

⁷⁶ In this sense, see the decision of the Higher Commercial Court Pž-160/93, from 15.6.1993. However, regardless of the status of the contracting parties, they are not obliged to foresee the future legislative amendments, of which they did not know or could not have known at the time of the conclusion of the contract. In this sense, see the Decision of the District Court in Varaždin – The Standing Koprivnica Division Gž-2490/15-2, from 20.1.2017. Changed circumstances do not immediately constitute grounds for the adaptation or termination of the contract. For example, the reversal of a decision on a scholarship award which was the basis for the conclusion of a scholarship contract, after the scholarship has become due, is not a circumstance which could serve as a basis for the contracting party to unilaterally terminate the contract due to changed circumstances. In this sense, see the Decision of the District Court in Bjelovar, Gž-93/17-2, from 11. X. 2018.

⁷⁷ Ibid. On the other hand, the text of the COA from 1978 provided that the inability to fulfil the purpose of the contract was relevant for the termination of the contract. In this sense, compare Article 133 of the COA from 1978 and Article 369 of the COA.

obligation⁷⁸. For example, the decision on the withdrawal and annulment of shares made after the transfer of shares based on a purchase agreement are not grounds for the termination of the contract due to changed circumstances⁷⁹. The other side, whose contractual obligations were not fulfilled due to changed circumstances cannot rely on such circumstances⁸⁰.

It is worth noting that the *rebus sic stantibus* doctrine is applicable to all contracts, regardless if they are bilaterally or unilaterally binding, named or unnamed⁸¹. Namely, the debtor of a unilaterally binding contract can invoke changed circumstances if the performance becomes excessively onerous or if it creates significant losses. Even though in such cases the other side which does not owe counter-performance cannot rely on changed circumstances, it would be unfair not to allow, for example, the debtor in a gift contract, to invoke changed circumstances and to insist on performance at any price⁸². Furthermore, the adaptation and termination of preliminary agreements can also be requested⁸³. There are no obstacles to cancel a collective agreement which was concluded for an unfixd term, which provides for a cancellation remedy, through the application of the rules of obligation law on the adaptation or termination of contracts due to changed circumstances⁸⁴.

4.2. Court decisions on the adaptation or termination of contracts

The adaptation or termination of the contract due to changed circumstances is a form of judicial contract termination, because it can only be requested through a constitutive claim⁸⁵. Thereby, the party whose performance had become more onerous due to changed circumstances can request adaptation, or if such a request fails, alternatively seek to terminate the contract⁸⁶. When deciding on the termination of the contract, the court is guided by the principles of fair business dealings, taking into account the interests of both contracting parties⁸⁷.

⁷⁸ See Article 369 paragraph 3 of the COA. This position was confirmed in Croatian judicial practice as well. In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 710/2013-2 4.9.201, the Decision of the Commercial Court in Zagreb, P-3139/06, from 11. XII. 2008. (confirmed by the Decision of the Higher Commercial Court Pž-1177/09, from 19.9. 2012.

⁷⁹ See the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 938/05-2, from 22.3.2006.

⁸⁰ This position was confirmed in Croatian judicial practice as well. In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 1616/15-3, 6.9.2016.

⁸¹ In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev-2154/886, from 5.5.1987. in Gorenc, V. et al., Commentary of the Obligations Act, Zagreb, 2014., p. 605.

⁸² Also see: ako Gorenc, V. et al., Commentary of the Obligations Act, Zagreb, 2014., p. 605.

⁸³ In this sense, see the Decision of the District Court in Rijeka, Gž-1583/09, from 25. I. 2012.

⁸⁴ See the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Gž-19/16-3, from 7. XII. 2016.

⁸⁵ See the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev 1505/02-2, from 8.12.2004.

⁸⁶ Also see Mirjana, Baran, The Termination -Adaptation of the Contract 2014., Osijek, p. 25. Older judicial practice did not allow this, because the provisions of the 1978 COA were different. For insight on the previous framework see, for example, the Decision of the Higher Commercial Court Pž-3939/95, from 30.4.1996.

⁸⁷ In this sense, see the Decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia Rev-2818/93, from

Therefore, the primary remedy in cases of changed circumstances is the adaptation of the contract, while termination is the subsidiary remedy. The other side can also offer an extra-judicial, equitable adaptation of the contract. If the parties fail to reach an agreement, the decision on the adaptation or termination of the contract is referred to the court⁸⁸. However, the adaptation or termination agreed upon by the parties is of a consensual and not of a judicial nature. Thus, when the parties are able to reach an agreement, the *rebus sic stantibus* doctrine did not apply⁸⁹. The parties are also free to amicably agree to adapt or terminate the contract during court proceedings⁹⁰.

This is further confirmed by the duty to notify from Article 37 of the COA, which provides that the party which intends to invoke *rebus sic stantibus* must notify the other party on its intention to adapt or terminate the contract as soon as the new circumstances occur. If a party fails to notify the other party on its intention, it does not thereby lose the right to initiate proceedings for the adaptation or termination of the contract based on changed circumstances⁹¹. In such a case, this party would only be responsible for the damage caused to the other party due to the absence of a timely notice⁹². The amount of damages in this case would be determined in accordance with indemnity rules⁹³.

If a court determines that all the abovementioned requirements were met and orders the termination of the contract, the other party can file a claim for equitable damages caused by the termination of the contract⁹⁴. The term „damage” in this sense is not considered under indemnity rules, thus the amount of damages would be assessed under the rules of equity in accordance with the circumstances of the case⁹⁵. Therefore, the term „damage” means the equitable distribution of loss which the parties have suffered due to the change or termination of the contract. Such a regulation is appropriate, due to the fact that neither side is responsible for the changed circumstances, and thus neither party should bare the risk of such a change⁹⁶.

5. Conclusion

The *rebus sic stantibus* doctrine has received different treatment in common law and civil law countries, due to different historical circumstances. In civil law systems, which

25.10.1995.

⁸⁸ See Article 369 paragraph. 4 COA.

⁸⁹ Also see Mirjana, Baran, The Termination -Adaptation of the Contract 2014., Osijek pp. 25-26. Older judicial practice did not allow this, because the provisions of the 1978 COA were different.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ See Article 370 COA.

⁹² See Article 370 COA.

⁹³ Mirjana, Baran, The Termination -Adaptation of the Contract Handbook 2014., Osijek, pp. 25-26.

⁹⁴ See Article. 369 paragraph 5 COA.

⁹⁵ Blagojević, Krulj, p. 405.

⁹⁶ Despite the changed circumstances, the Croatian legislator allows an express waiver from the parties of the right to invoke changed circumstances, unless if this would be contrary to the principles of consciousness and fairness. See Art. 372. of the Croatian Obligation Act.

rely on Roman law, the majority of countries have historically recognized the *rebus sic stantibus* doctrine in their judicial practice. The only exception can be found in French law, which rejected the application of this doctrine in commercial and civil contracts. However, in 2016, this doctrine was introduced into French law through the provisions of the *Code civil*, which brought it in line with the approach taken by other civil law countries.

Therefore, it can be concluded that most civil law countries today recognize the *rebus sic stantibus* doctrine and expressly provide changed circumstances as grounds for contract adaptation or termination, if they were not foreseeable at the time of the conclusion of the contract, and if their occurrence made the performance of the contract economically onerous.

Unlike in civil law countries, the *rebus sic stantibus* doctrine did not exist in common law countries, neither in history nor today. They do recognize, however, similar doctrines, such as *frustration* and *impracticability*. Unlike *rebus sic stantibus*, the frustration doctrine has a broader scope of application, as it covers both changed circumstances and the change of the purpose of the contract. The *impracticability* doctrine has a narrower scope, as it only applies to changed circumstances in commercial sales contracts.

Croatian law belongs to the civil law systems which expressly recognize the *rebus sic stantibus* doctrine in its COA. The Croatian legislature relies on the Roman legal tradition. Croatian law differs, however, from German and French law, which also rely on the Roman legal tradition. The field of application of the *rebus sic stantibus* doctrine under German law is wider than the one of Croatian law, as it extends to incorrect substantive terms which form the contractual basis.

Croatian law also differs from the French model of the *rebus sic stantibus* doctrine. French law, influenced by its historical circumstances, still strongly favors party autonomy and is reluctant to recognize the impact of changed circumstances on the contract. Namely, under French law, the judicial adaptation or termination of the contract can be sought only after multiple attempts of consensual contract adaptation or termination. However, under Croatian law, it is possible to initiate proceedings for the adaptation or termination of the contract, even without prior agreement. In such cases the party which fails to notify the other party on its intent will only be liable for damages caused to the other party.

Despite the noted differences between Croatian, German and French law, it can be concluded that the regulation of *rebus sic stantibus* doctrine is, in substance, similar or identical. Namely, the analysis of the Croatian judicial practice shows that the existing provisions meet the needs of the contemporary legal trends. Considering the fact that the development of the market and the new needs of the merchants have not advanced significantly, there is no need for interventions into Croatian law regarding the *rebus sic stantibus* doctrine. If there are new needs recognized in practice, legal uncertainties can be resolved based on the existing rules and the extensive interpretation of the provisions of the COA on the adaptation or termination of the contract due to changed circumstances. The only recommendation would be to extend the application of the existing provisions on the *rebus sic stantibus* doctrine to situations where the contractual basis was built on incorrect material facts, as applied under German law.

Considerații cu privire la reglementarea prejudiciului, element esențial al răspunderii civile, în noul Cod civil

Remarks on the legal regime of injury, an essential element of civil liability under the new Romanian Civil Code

Lect. univ. dr. **Florina POPA***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

This paper aims to outline the vision of the new Civil Code concerning injury prerequisite of torts, trying to highlight the main trends innovative legislator in this matter, such as enshrining the right of victims to compensation for damage caused by injury; to interest injury; loss of the opportunity to gain an advantage or to avoid damage; bodily injury; injury by ricochet; to moral damages. Also, by way of novelty, it is dedicated obligation moderation creditor injury.

Keywords: *injury, conditions of civil liability, bodily injury, injury by ricochet, non – pecuniary damage caused by the loss of opportunity, required moderation injury.*

Rezumat

Prezenta lucrare își propune să contureze viziunea noului Cod civil cu privire la prejudiciu, condiție esențială a răspunderii civile delictuale, încercând să reliefeze principalele tendințe inovatoare ale legiuitorului în această materie, cum sunt consacrarea dreptului victimei la repararea prejudiciului cauzat prin vătămarea unui interes, a prejudiciului rezultat din pierderea unei șanse de a obține un avantaj sau de a evita o pagubă, a prejudiciului corporal, a prejudiciilor prin ricoșeu, a prejudiciilor morale. De asemenea, tot cu titlu de noutate, este consacrată obligația creditorului de moderare a prejudiciului.

Cuvinte-cheie: *prejudiciu, condiții ale răspunderii civile, prejudiciu corporal, prejudiciu prin ricoșeu, prejudiciu moral, prejudiciu cauzat prin pierderea șansei, obligația de moderare a prejudiciului.*

1. Scurte considerații despre răspunderea civilă. Noțiuni. Principii. Funcții

Răspunderea civilă este una dintre categoriile fundamentale cele mai complexe ale

* florina.popa@e-uvt.ro.

dreptului, în totalitatea sa¹. Ea reprezintă una dintre cele mai frecvente și importante manifestări ale răspunderii juridice și constă în obligația pe care o are orice persoană de a repara prejudiciul pe care l-a cauzat altuia.

Răspunderea juridică se află într-un raport de interdependență cu toate formele de răspundere socială: fiecare dintre acestea „acționează asupra tuturor celorlalte forme, și, ca rezultat al acțiunii lor, se formează nivelul general al răspunderii sociale”².

Prin săvârșirea faptei ilicite se naște un raport juridic obligațional între cel răspunzător și victimă: primul devine debitorul obligației de reparare a prejudiciului cauzat prin fapta ilicită, a sa ori a persoanei pentru care este chemat de lege să răspundă³, iar cel prejudiciat devine creditor al acestei obligații. Nici unul dintre cei doi nu și-a dorit să fie parte a acestui raport și chiar dacă făptuitorul a cauzat prejudiciul printr-un fapt voluntar, obligația de reparare se naște în sarcina sa involuntar: el a urmărit ori a acceptat producerea prejudiciului, însă niciun moment nu a intenționat să devină debitor al obligației de reparare a acestuia⁴. Această obligație se naște prin efectul legii, finalitatea fiind aceea de a repune victima în situația în care s-ar fi găsit dacă această fapta nu s-ar fi săvârșit, iar raportul juridic la care facem referire este unul de creanță, făptuitorul, respectiv cel chemat să răspundă pentru făptuitor, fiind debitorul obligației de reparație, în timp ce victima prejudiciului devine creditorul acestei obligații. Această „creanță-reparație”⁵ este o consecință a faptei ilicite, dar și a normei juridice care impune autorului repararea prejudiciului rezultat în urma faptei sale.

Atât potrivit Codului civil de la 1864, cât și potrivit noului Cod civil, menirea răspunderii civile este restabilirea echilibrului perturbat prin fapta ilicită și re-plasarea victimei în situația în care s-ar fi găsit dacă prejudiciul nu s-ar fi produs, aceasta fiind chiar esența răspunderii civile și, totodată, elementul care o distinge față de oricare dintre

¹ I. Albu, V. Ursa, *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1979, p. 23. A se vedea și M. Costin, *O încercare de definire a noțiunii răspunderii juridice*, în RRD nr. 5/1970, p. 77. În același sens, a se vedea: L. Pop, *Răspunderea pentru prejudiciile cauzate prin fapta ilicită proprie. Condițiile generale ale răspunderii delictuale*, în L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 315.

² Fl. I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele răspunderii civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 9.

³ O persoană poate fi chemată de lege să răspundă pentru fapta altei persoane fie în temeiul răspunderii civile delictuale obiective (răspunderea civilă delictuală pentru fapta minorului sau a celui pus sub interdicție judecătorească – art. 1372 NCC; răspunderea civilă delictuală a comitenților pentru faptele ilicite ale prepușilor lor – art. 1373 NCC), fie în temeiul răspunderii civile contractuale pentru fapta altuia (art. 1519 NCC, coroborat cu art. 1350, 1530-1548 NCC). Prin art. 1349 alin. 3 NCC, care stipulează că „în cazurile anume prevăzute de lege, o persoană este obligată să repare prejudiciul cauzat de fapta altuia (...)”, este consacrată răspunderea civilă delictuală **complexă** pentru fapta altuia, care se va antrena, așadar, în cazurile expres prevăzute de lege, atunci când o persoană este ținută răspunzătoare față de un terț pentru prejudiciul cauzat acestuia prin fapta ilicită a altei persoane, în aceeași măsură ca și acesta din urmă, „fără ca, pentru angajarea acestei răspunderi, să fie nevoie să dovedească vinovăția primei” – G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, ed. a 2-a, sub coordonarea lui J. Ghestin, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, p. 816, nr. 788-6, *apud* Fl. I. Mangu, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 9.

⁴ Fl. I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele răspunderii civile*, *op. cit.*, p. 16.

⁵ Noțiunea de „creanță – reparație” aparține autorului P. Vasilescu, în *Drept civil. Obligații*, (ed. a II-a, revizuită), Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 593.

celelalte forme ale răspunderii juridice, legând-o în același timp de fiecare dintre acestea (deoarece posibilitatea cauzării unor prejudicii civile, și, deci, necesitatea reparării acestora, există și în cazul încălcării normelor juridice de drept penal, administrativ etc.). Din această perspectivă, răspunderea civilă reprezintă dreptul comun în materia reparării prejudiciului.

În ceea ce privește principiile răspunderii civile, noul Cod civil continuă paradigma Codului civil de la 1864, consacrand, însă, *expressis verbis*, principiul reparării integrale a prejudiciului, prin dispozițiile art. 1385 alin. 1, potrivit cu care „*prejudiciul se repară integral, dacă prin lege nu se prevede altfel*”, precum și principiul reparării în natură a prejudiciului cauzat, prin dispozițiile art. 1386 alin. 1, potrivit cu care „*repararea prejudiciului se face în natură, prin restabilirea situației anterioare, iar dacă aceasta nu este cu puțință ori dacă victima nu este interesată de reparația în natură, prin plata unei despăgubiri, stabilite prin acordul părților, sau, în lipsă, prin hotărâre judecătorească.*”

Și în ceea ce privește funcțiile răspunderii civile noul Cod civil perpetuează viziunea tradițională instituită de doctrina și jurisprudența ce au configurat reperele aplicării Codului civil de la 1864, în care s-au relevat funcția reparatorie și funcția preventiv educativă a răspunderii, însă, prin reglementarea mai circumstanțiată a tipurilor de prejudicii supuse reparației, precum și a condițiilor de antrenare a variatelor tipuri de răspundere civilă, putem spune că noul act normativ augmentează funcția reparatorie a răspunderii civile. În acest sens, art. 1385 alin. 3 NCC statuează fără echivoc că „*despăgubirea trebuie să cuprindă pierderea suferită de cel prejudiciat, câștigul pe care în condiții obișnuite el ar fi putut să-l realizeze și de care a fost lipsit, precum și cheltuielile pe care le-a făcut pentru evitarea sau limitarea prejudiciului*”⁶. Mai mult decât atât, prin alin. 4 al aceluiași articol legiuitorul lărgiște sfera prejudiciilor reparabile, consacrand în mod inedit dreptul la reparație pentru un nou tip de prejudiciu – cel cauzat „*prin pierderea șansei*”, stipulând că: „*dacă fapta ilicită a determinat și pierderea șansei de a obține un avantaj sau de a evita o pagubă, reparația va fi proporțională cu probabilitatea obținerii avantajului, ori, după caz, a evitării pagubei, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a victimei.*” Preocuparea legiuitorului pentru repararea „*oricărui prejudiciu*”⁷ (art. 1381 alin. 1 NCC) relevă fără dubiu că dezideratul reparării întregului prejudiciu cauzat victimei, respectiv **funcția reparatorie** a răspunderii civile⁸ este cea care

⁶ Aceste cheltuieli pot consta, spre pildă, „*în reparațiile efectuate de către victimă bunului avariat, reparații fără de care degradarea acestuia s-ar fi agravat, mergând până la distrugerea substanței sale, cu consecința producerii unui prejudiciu mai mare decât cel inițial*” - L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului Cod civil*, în RRDP nr. 1 / 2010, p. 191, *apud* N. Daghe, *Repararea prejudiciului. Condiții și principii în noul Cod civil*, în *Dreptul* nr. 11 / 2017, p. 87.

⁷ Maniera de exprimare a legiuitorului în edictarea dispozițiilor art. 1381 alin. 1 NCC au fost calificate în doctrină ca fiind „*o normă de o debordantă generalitate, atât de relaxată încât, privită izolat, este de-a dreptul periculoasă (...)*” – a se vedea Fl. I. Mangu, *Despre prejudiciul prin rigoșeu*, în RRDP nr. 4/2017, p. 100.

⁸ A se vedea: L. Pop, *Răspunderea pentru prejudiciile cauzate prin fapta ilicită proprie. Condițiile generale ale răspunderii delictuale*, în L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile, op. cit.*, p. 329. În același sens, M. Uliescu, *Răspunderea pentru fapta proprie*, în M. Uliescu (coordonator), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. III, partea I, Cartea a V-a, *Despre obligații (1164-1649 NCC)*, Ed. Universul Juridic, 2014, p. 525 și urm., respectiv C. Jugastru, *Condițiile răspunderii civile în noua reglementare a Codului civil*, în *Jurnalul de studii juridice*, Year VII, No. 1-2, Supplementary Issue 1, June, 2012, p. 90, articol accesat *on line*, la adresa: <http://jls.upa.ro/>, la data de 18.10.2018.

caracterizează în mod esențial acest tip de răspundere⁹.

Cea de-a doua funcție a răspunderii civile este cea **educativ-preventivă**, și rezidă în influența pe care aceasta o are asupra conștiinței oamenilor și, implicit, asupra comportamentului acestora. Astfel, prin obligarea la repararea prejudiciului a celui care l-a cauzat, sau a celui chemat să răspundă pentru aceasta, răspunderea îndeplinește un rol educativ actual, dar și unul în perspectivă, de prevenire a săvârșirii delictelor civile în viitor, de către autorul delictului deja săvârșit sau de către alte persoane, care conștientizează, astfel, că vor răspunde de prejudiciul ce l-ar cauza¹⁰. Cu toate acestea, răspunderii civile îi lipsește aproape în totalitate latura punitivă, aceasta fiind lăsată în seama altor răspunderi, aparținând altor ramuri de drept (răspunderea penală, contravențională etc.).

În pofida clasificării dihotomice a răspunderii civile, în răspundere civilă delictuală și răspundere civilă contractuală, cvasiunanimitatea doctrinei împărtășește teza conform căreia răspunderea civilă este o instituție unică, chiar dacă regimul juridic al celor două forme de răspundere este diferit. Finalitatea ambelor tipuri de răspundere este aceeași, și anume, repararea unui prejudiciu injust cauzat altei persoane. Răspunderea civilă delictuală este obligația de reparație prevăzută de lege în sarcina unei persoane, numită răspunzătoare, care, în afara unei legături contractuale, a adus un prejudiciu unei alte persoane, prin încălcarea drepturilor sau intereselor legitime ale acesteia din urmă, sau care este ținută să răspundă pentru fapta celui care a săvârșit prejudiciul, în timp ce răspunderea civilă contractuală reprezintă obligația unei părți contractante de a repara prejudiciul cauzat celeilalte părți contractante prin neexecutarea propriu-zisă, totală sau parțială, neexecutarea necorespunzătoare sau executarea cu întârziere a prestației sau prestațiilor datorate în temeiul contractului valabil încheiat. Așadar, ori de câte ori prejudiciul este cauzat partenerului contractual, și este consecința neexecutării contractuale, vom avea o răspundere contractuală, iar nu una delictuală, extracontractuală, aceasta din urmă fiind o răspundere de drept comun.

2. Prejudiciul, element esențial al răspunderii civile

⁹ Prin încălcarea normei de comportament, care ne obligă să respectăm regulile de conduită impuse de lege sau de obiceiul locului și să nu aducem atingere, prin acțiuni sau inacțiuni, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane, ia naștere o obligație de dezdăunare. Prin această obligație ce revine autorului prejudiciului, sau persoanei chemate să răspundă pentru acesta, răspunderea civilă delictuală îndeplinește funcția reparatorie. S-a spus însă că, totuși, această funcție nu trebuie absolutizată. Ea are un caracter relativ, deoarece se realizează numai între părțile raportului juridic creat prin săvârșirea delictului civil, nu însă și cu privire la societate în ansamblu – a se vedea I. Dogaru, P. Drăghici, *Bazele dreptului civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 237.

¹⁰ I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 236. S-a remarcat, însă, că apariția instituției juridice a asigurărilor este de natură a diminua rolul acestei funcții educative a răspunderii civile, deoarece consecințele faptei prejudiciabile se vor produce în patrimoniul asigurătorului, și nu în cel al făptuitorului – a se vedea Fl. I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele răspunderii civile, op. cit.*, p. 52.

Chiar dacă cele două tipuri de răspundere au regimuri juridice distincte, atât răspunderea delictuală, cât și răspunderea contractuală sunt forme ale răspunderii civile care presupun, în principiu, întrunirea simultană și cumulativă a aceluiași elemente esențiale, și anume: (a) fapta ilicită, (b) prejudiciul¹¹, (c) raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu și (d) vinovăția – bineînțeles, fiecare cu particularitățile sale¹².

Chiar dacă importanța acordată de doctrină fiecărui element în parte a cunoscut o evoluție sinuoasă de-a lungul timpului¹³, trebuie să admitem că, dacă analizăm răspunderea ca mecanism tehnic de natură civilă, de principiu acesta nu se poate antrena în absența faptului ilicit, care generează un prejudiciu distinct și cuantificabil. Atitudinea subiectivă a autorului faptei ilicite față de consecințele faptei sale pare să conteze din ce în ce mai puțin în angrenajul răspunderii civile, această tendință de diluare a importanței culpei în economia condițiilor răspunderii determinându-i pe unii autori să afirme că asistăm la un declin al răspunderii individuale, care prevestește o veritabilă „criză a răspunderii civile”, în general¹⁴.

Definit ca fiind rezultatul sau consecința negativă suferită de o persoană ca urmare a faptei ilicite săvârșite de altă persoană ori, ca urmare a „faptei” unui lucru sau animal, pentru care este ținută a răspunde o anumită persoană, prejudiciul este „*nu numai condiția răspunderii, dar și măsura ei, autorul faptei ilicite prejudiciabile răspunzând numai în limita faptei prejudiciabile*”¹⁵.

Analiza diacronică a rolului elementului prejudiciului în arhitectura instituției răspunderii civile permite desprinderea concluziei potrivit cu care acesta a dobândit treptat hegemonia în raport cu celelalte elemente, statutul său fiind deplin consolidat prin

¹¹ În doctrina franceză se face distincția între noțiunea de „*daună*” și cea de „*prejudiciu*”, subliniindu-se că, deși sunt considerate ca fiind sinonime, acestea „(...) nu acoperă totuși exact aceeași idee. *Damnum* desemnează atingerea; nu fapta (prejudiciabilă) prin care s-a întâmplat, ci leziunea în fundamentul său: corp (daună corporală), bun sau drept (daună materială / imaterială), chiar interesul moral (daună morală). *Praejudicium* este consecința nefastă a acestei leziuni la victimă. Dreptul internațional privat și procedura civilă utilizează această distincție, care nu este lipsită de ecou în dreptul substanțial al răspunderii, de exemplu pentru ierarhizarea măsurilor de reparație. În plus, după cum o indică etimologia, cu cât dauna este de ordinul constatării factuale, cu atât mai mult prejudiciul, format pe cuvântul *jus*, se determină ca urmare a unui raționament juridic”. - a se vedea P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *Obligațiile*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 45, nota de subsol nr. 2. Și în doctrina autohtonă se face distincția între noțiunea de „*daună civilă*” și „*prejudiciu*”, arătându-se că „*prejudiciul reprezintă cuantificarea patrimonială a daunei ori a pagubei suferite de o persoană*”, fiind, în același timp, „(...) o cheie juridică prin care se poate interpreta ori citi orice consecință negativă, de natură economică sau nu, care afectează bunurile, interesele economice sau chiar sănătatea și viața unei persoane”. - a se vedea P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 592. Cu privire la conotațiile noțiunii de prejudiciu, a se vedea și C. Paziuc, *Răspunderea contractuală. O analiză juridică și economică*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 272-287.

¹² V.-S. Curpăn, C.-F. Grădinaru, C.-Ș. Burleanu, *Răspunderea juridică civilă delictuală*, articol accesat la data de 18.09.2018 la adresa: http://sorincurpan.ro/articole/raspunderea_juridica_civila_delictuala.pdf.

¹³ Identificarea fundamentului răspunderii civile, ca punct central al acestei instituții, a stârnit numeroase controverse în doctrină, însă analiza diacronică a evoluției diferitelor concepții cu privire la acest aspect relevă că, în concepția Codului civil de la 1864, răspunderea civilă s-a întemeiat preponderent pe ideea de culpă sau vinovăție.

¹⁴ A se vedea Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Éd. Dalloz, Paris, 1999, p. 624-625.

¹⁵ Fl. I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele...*, *op. cit.*, p. 146.

dispozițiile noului Cod civil, care stipulează în mod neechivoc în art. 1381 alin. 1 că „**orice prejudiciu dă dreptul la reparație**”. Concluzia acestei formulări cu valențe axiomatiche nu poate fi decât aceea că legiuitorul a intenționat să releve că prejudiciul a devenit elementul esențial, cel în jurul căruia se coagulează, de fapt, întregul eșafodaj al răspunderii civile¹⁶.

De altminteri, această augmentare a statutului prejudiciului în contextul elementelor răspunderii civile nu trebuie să surprindă, câtă vreme, așa cum s-a remarcat, în dreptul european ne aflăm în prezența unei veritabile explozii a tipurilor de prejudicii reparabile¹⁷. Consacrarea legislativă a sintagmelor „**orice prejudiciu**” și „**toate prejudiciile**”, regăsite în art. 1381, respectiv în art. 1349 din noul Cod civil, confirmă că legiuitorul român a încorporat fidel tendințele dreptului european în această materie. Cu toate acestea, s-a spus că, pe de o parte, aceste enunțuri nu corespund realității, câtă vreme, independent de existența unor clauze de exonerare sau de limitare a răspunderii, mai rămân o serie de prejudicii care nu sunt susceptibile de indemnizare, iar pe de altă parte, că exprimarea „**orice prejudiciu dă dreptul la reparație**” ar fi improprie, câtă vreme doar dreptul pozitiv poate institui și garanta obligația la reparare a prejudiciului, și nu înseși producerea acestuia¹⁸.

Așadar, dacă în vechiul Cod civil fapta ilicită constituia condiția de căpătâi a răspunderii civile, noul Cod civil se arată mult mai preocupat de prejudiciu, condiție a răspunderii civile, atât în ceea ce privește reglementarea unor noi tipuri de prejudicii supuse reparației, cât și în ceea ce privește determinarea cât mai exactă a întinderii acestora. Astfel, în materie delictuală, printre reglementările inovative se numără consacrarea dreptului la reparație pentru prejudiciul rezultat din pierderea unei șanse de a obține un avantaj sau de a evita o pagubă, precum și dreptul la repararea prejudiciului cauzat prin vătămarea unui interes. De asemenea, tot cu titlu de noutate este consacrat legislativ dreptul victimei la repararea prejudiciului moral, precum și a prejudiciilor „prin ricoșeu”, fiind valorificate astfel reperele jurisprudențiale care au recunoscut constant dreptul la reparație pentru aceste tipuri de prejudicii.

În cele ce urmează, prezenta lucrare își propune să treacă în revistă principalele noutăți aduse de legiuitor în materia prejudiciului, condiție esențială a răspunderii civile, atât în ceea ce privește domeniul răspunderii civile delictuale, cât și în ceea ce privește domeniul răspunderii civile contractuale.

¹⁶ S-a remarcat însă că, repararea prejudiciului nu este numai materia cea mai importantă a răspunderii civile, dar și cea mai sensibilă, apreciindu-se că „*este o zonă de reglementare care evidențiază mai puțin virtuțile dreptului, cât mai ales vulnerabilitățile acestuia*”, și aceasta întrucât multe dintre prejudicii nu pot fi reparate în totalitate – a se vedea S. Neculaescu, *Dreptul victimei la repararea prejudiciului în cadrul răspunderii delictuale. Privire critică. Drept comparat*, în revista Universul Juridic nr. 9/2016, p. 44, articol accesat la data de 20.10.2018 la adresa <https://www.cceol.com/search/article-detail?id=480783>.

¹⁷ X. Pradel, *Le prejudice dans le droit civil de la responsabilité*, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2004, p. 123, *apud* S. Neculaescu, *Repararea prejudiciului constând în vătămarea unui interes*, în Revista Universul Juridic nr. 4/aprilie 2017, p. 14.

¹⁸ A se vedea S. Neculaescu, *Dreptul victimei la repararea prejudiciului în cadrul răspunderii delictuale (...)*, *op. cit.*, p. 48. Autorul citat consideră că ar fi asigurat un plus de coerență preluarea de către legiuitorul român în reglementarea din art. 1381 alin. 1 NCC a formulării utilizate de Proiectul Catala, potrivit căreia „*este reparabil orice prejudiciu cert, care constă într-o lezare a unui interes lícit, patrimonial sau extrapatrimonial, individual sau colectiv*”.

3. Repararea prejudiciului în materia răspunderii civile delictuale

Multitudinea și varietatea prejudiciilor supuse reparației a prilejuit din partea doctrinei clasificări diverse. Astfel, în funcție de criteriul naturii dreptului sau interesului lezată, prejudiciile au fost clasificate inițial dihotomic, în prejudicii patrimoniale și nepatrimoniale¹⁹. Valorificând însă surse moderne de inspirație, cum este Codul civil din Quebec, noul Cod civil consacră *expressis verbis* categoria prejudiciilor corporale, pe care o reglementează în articolele de la 1387 până la 1395, recunoscând astfel importanța acestui tip de prejudiciu.

Prejudiciul corporal este acea atingere adusă integrității corporale și sănătății omului, care se prezintă „ca un amalgam de prejudicii patrimoniale și morale”²⁰ și se subdivide, la rândul său, în mai multe categorii: prejudiciul care constă în dureri fizice sau psihice; prejudiciul estetic, prejudiciul de agrement²¹, prejudiciul juvenil etc.

Sub aspectul structurii, prejudiciile corporale sunt prejudicii mixte, cu o alcătuire duală, având o componentă economică, patrimonială (care se repară prin **despăgubiri bănești**), și o alta morală, nepatrimonială (care se repară prin **compensații bănești**), ambele fiind reparabile²².

Ținând seama de criteriul naturii interesului lezată, încă din secolul trecut doctrina franceză propunea clasificarea tripartită a prejudiciilor²³, prejudiciul corporal alăturându-se prejudiciului material²⁴ și prejudiciului moral²⁵. Câtă vreme securitatea și integritatea

¹⁹ A se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 147.

²⁰ I. Albu, *Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 25, *apud* C. Jugastru, *Dificultăți ale evaluării prejudiciului corporal*, în revista *Universul Juridic* nr. 8/2017, p. 68. Cu privire la categoriile prejudiciului corporal, a se vedea și C. Jugastru, *Prejudiciul – repere românești în context european*, *op. cit.*, p. 269-278.

²¹ „Hotărârea care a dat tonul în promovarea concepției stricte asupra prejudiciului de agrement aparține Curții de Apel Paris, care în anul 1961, a definit acest prejudiciu ca privire a victimei de satisfacțiile de ordin social, monden și sportiv, de care beneficiază, în mod normal, o persoană care are vârsta și pregătirea victimei. Pe linia tezei restrictive (subiective), alte instanțe au preferat să apeleze la criteriul pierderii șansei de a desfășura activități pe care victima le derula înainte de accident (Curtea de Casație franceză, camera socială, hotărârile din 9 noiembrie 1976, 13 decembrie 1979, 16 noiembrie 1983; Curtea de Apel Poitiers, 23 decembrie 1969)” – a se vedea C. Jugastru, *Dificultăți ale evaluării prejudiciului corporal*, *op. cit.*, p. 71.

²² Cu privire la prejudiciul cauzat prin vătămarea integrității corporale, a se vedea și: O. Ungureanu, C. Munteanu, *Considerații privind caracterele și limitele drepturilor personalității în reglementarea noului Cod civil*, în volumul L. Bercea (coord.), *În onoare Radu I. Motica. 20 de ani de învățământ juridic la Timișoara*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 239 și urm.

²³ A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 2012, p. 485; Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2009, p. 723. Cu toate acestea, s-au semnalat și opinii în sensul că prejudiciile corporale nu ar avea independență conceptuală, „fiind lipsite de consistență juridică, pentru că daunele corporale se pot constitui atât în prejudicii patrimoniale, cât și extrapatrimoniale” – a se vedea: Ph. Brun, *Responsabilité extracontractuelle*, Litec, Paris, 2009, p. 135; R. Cabrillac, *Droit des obligations, 10-e édition*, Dalloz, Paris, 2012, p. 254-256, *apud* S. Neculaescu, în *Reflecții privind repararea prejudiciului, în cazul răspunderii civile delictuale. Drept comparat*, în Revista „Dreptul”, p. 108.

²⁴ *Prejudiciul patrimonial (material)* este o pierdere totală sau parțială de valoare adusă unui bun sau interes economic al victimei. Astfel de prejudicii au o valoare economică și pot fi evaluate și exprimate pecuniar.

²⁵ *Prejudiciul moral propriu-zis sau pur* este consecința atingerii directe a unor valori care nu au niciun corespondent patrimonial. Aceste prejudicii constă în dureri psihice cauzate prin atingeri aduse personalității afective ori celei sociale a unei persoane.

persoanei sunt recunoscute ca drepturi fundamentale, prejudiciul corporal capătă o configurație proprie, aspirând la autonomie nu numai în doctrină, dar și în dreptul pozitiv²⁶, împrejurare ce a condus și în doctrina autohtonă la clasificarea tripartită a prejudiciilor, clasificare care treptat tinde să ia locul distincției dintre prejudicii patrimoniale și nepatrimoniale²⁷.

Cât privește reparația prejudiciului corporal, s-a spus că nu atât componenta patrimonială a acestuia ridică dificultăți, cât mai ales componenta extrapatrimonială, întotdeauna prezentă într-un prejudiciu corporal, și care „testează achizițiile științifice, competențele și, în egală măsură, experiența ori sensibilitatea magistratului”²⁸, remarcându-se că aceste dificultăți de evaluare sunt date, printre altele, de: legiferarea incompletă a categoriilor prejudiciului corporal, absența unei nomenclaturi a prejudiciilor corporale precum și echivocul reglementării datei stabilirii despăgubirii²⁹.

Cât privește întinderea reparației în cazul vătămării integrității corporale sau a sănătății, noul Cod civil aduce câteva clarificări în raport cu actul normativ anterior, cele mai multe dintre aceste fiind rodul creațiilor doctrinare, și, respectiv consecința valorificării reperelor jurisprudențiale în materie. Astfel, conform art. 1387 alin. 1 din noul Cod civil, în cazul vătămării integrității corporale sau a sănătății unei persoane, despăgubirea trebuie să cuprindă, după caz, echivalentul câștigului din muncă de care cel păgubit a fost lipsit sau pe care este împiedicat să îl dobândească, prin efectul pierderii sau reducerii capacității sale de muncă, la care se adaugă despăgubirea cu privire la cheltuielile de îngrijire medicală și, dacă va fi cazul, cheltuielile determinate de sporirea nevoilor de viață ale celui păgubit, precum și orice alte prejudicii materiale. După cum se poate observa, acest tip de prejudiciu are o componentă economică și una morală sau nepatrimonială. Repararea componentei economice se va face prin despăgubiri bănești a căror stabilire se realizează conform art. 1387-1389 din noul Cod civil, iar repararea componentei nepatrimoniale se va realiza conform reglementării de la art. 1391 din același act normativ.

Articolul 1388 alin. 1 din noul Cod civil prevede modalitatea de stabilire a despăgubirii

²⁶ Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Éd. Dalloz, 2000, p. 84, *apud* S. Neculaescu, *Repararea prejudiciului constând în vătămarea unui interes*, în revista *Universul Juridic* nr. 4 aprilie 2017, p. 14. Cu privire la acest subiect, a se vedea și C. Juguștru, *Dificultăți ale evaluării prejudiciului corporal*, *op. cit.*, p. 58.

²⁷ A se vedea Fl.I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele...*, *op. cit.*, p. 178. În opinia acestui autor, prejudiciile sunt patrimoniale (materiale) și morale (nepatrimoniale), însă, în cadrul acestei clasificări, prejudiciul patrimonial are trei fațete, putându-se vorbi despre prejudiciul patrimonial *stricto sensu* (pagubă provocată prin distrugerea sau degradarea unui bun aparținând victimei), despre consecințele economice aduse integrității fizice a persoanei (care cuprind atât prejudicii suferite chiar de victima faptei ilicite, cât și prejudiciile suferite de victimele prin ricoșeu sau mediate) și despre dauna pecuniară sau prejudiciul economic pur (pagubă bănească ca urmare a neexecutării unei obligații, a executării necorespunzătoare a acesteia sau a executării sale cu întârziere). În schimb, prejudiciul nepatrimonial se referă doar la consecințele dăunătoare suferite de o persoană și neevaluabile pecuniar, cum sunt durerile fizice și psihice, urmare a încălcării drepturilor personale nepatrimoniale

²⁸ C. Juguștru, *Dificultăți ale evaluării prejudiciului corporal*, *op. cit.*, p. 58. Autoarea remarcă faptul că „dacă tematica prejudiciului este, ea singură, un univers, varietățile prejudiciului se constituie în subdiviziuni a căror existență se impune uneori peste intenția sau voința legiuitorului național”.

²⁹ *Idem, ibidem*.

pentru pierderea sau nerealizarea câștigului din muncă care se va stabili pe baza venitului mediu lunar net din muncă al celui păgubit din ultimul an înainte de pierderea sau reducerea capacității sale de muncă ori, în lipsă, pe baza venitului lunar net pe care l-ar fi putut realiza, ținându-se seama de calificarea profesională pe care o avea sau ar fi avut-o la terminarea pregătirii pe care era în curs să o primească. cu toate acestea. Totuși, dacă cel păgubit face dovada posibilității obținerii unui venit din muncă mai mare în baza unui contract încheiat în ultimul an, care însă nu a fost pus în executare, se va ține seama în stabilirea despăgubirii de aceste venituri. Dar dacă cel păgubit nu avea o calificare profesională și nici nu era în curs să o primească, despăgubirea se va stabili pe baza salariului minim net pe economie.

În situația în care victima este minor, despăgubirea se stabilește conform art. 1389 din noul Cod civil, și anume, aceasta va fi stabilită potrivit prevederilor art. 1388 alin. 1 din același act normativ, și va fi datorată de la data când, în mod normal, minorul și-ar fi terminat pregătirea profesională pe care o primea. Până la acea dată, dacă minorul avea un câștig la momentul vătămării, despăgubirea se va stabili pe baza câștigului de care a fost lipsit, iar în caz contrar, despăgubirea va fi datorată de la data când minorul a împlinit vârsta prevăzută de lege pentru a putea fi parte într-un raport de muncă.

Articolul 1391 din noul Cod civil consacră posibilitatea acordării de compensații pentru categoria de daune analizată, ceea ce reprezintă, fără îndoială, un veritabil progres față de vechea reglementare. Astfel, în caz de vătămare a integrității corporale sau a sănătății, poate fi acordată și o despăgubire pentru restrângerea posibilităților de viață familială și socială. Conform unei opinii din doctrină³⁰, dispozițiile alin. (1) al art. 1391 din noul Cod civil sunt incomplete, rezumându-se doar la acele daune morale constând în restrângerea posibilităților de viață familială și socială, ca o consecință a atingerii aduse integrității corporale a unei persoane. În alin. (3) al aceluiași articol se dispune că dreptul la despăgubire pentru atingerile aduse drepturilor inerente personalității oricărui subiect de drept va putea fi cedat numai în cazul când a fost stabilit printr-o tranzacție sau printr-o hotărâre judecătorească definitivă. De asemenea, dreptul la despăgubire, recunoscut potrivit dispozițiilor art. 1391 din noul Cod civil, nu trece la moștenitori. Aceștia îl pot însă exercita, dacă acțiunea a fost pornită de defunct.

Așa cum am arătat *infra*, pe fondul creșterii importanței rolului prejudiciului în cadrul condițiilor răspunderii civile, doctrina franceză s-a arătat preocupată și de acuratețea terminologică a noțiunilor utilizate în această materie, distingând astfel între „daună” și „prejudiciu”, spre deosebire de doctrina autohtonă, care folosește termenii de „daună”, „pagubă” și „prejudiciu” de cele mai multe ori în același sens, desemnând efectul (patrimonial sau nepatrimonial) suferit de victimă³¹. S-a propus totuși, ca termenul de „pagubă” să fie folosit doar atunci când sunt desemnate consecințele negative, de natură materială, rezultate din fapte sau acte juridice de orice fel, care vor primi o reparație în bani sau în natură, termenul „daună” să fie folosit atunci când se discută despre consecințele negative,

³⁰ Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1134.

³¹ Aceste inconsecvențe terminologice, printre altele, sunt semnalate de autorul S. Neculaescu în *Capcanele ambiguității terminologice juridice românești*, în revista *Universul Juridic* nr. 8/2018, p. 24.

rezultate din fapte sau acte juridice, lezionare exclusiv pe plan moral, neevaluabil pecuniar, dar indemnizabil, iar termenul „prejudiciu” va exprima o vătămare sau alte consecințe lezionare civile, de natură materială, morală sau mixtă³². Astfel, se propune ca dauna să desemneze leziunea privită abstract, iar prejudiciul „consecințele juridice reparabile ale daunei pentru fiecare victimă, impactul leziunii cu situația sa personală”³³, făcându-se deosebire între leziunea, atingerea adusă persoanei (prejudiciul corporal), bunurilor (prejudiciul material), sentimentelor (dauna morală) și consecințele leziunii. Ceea ce contează din perspectiva răspunderii sunt consecințele juridice produse în concret, iar nu o daună impersonală, invariabilă. Altfel spus, „dauna relevă ordinea de fapt, prejudiciul relevă ordinea de drept”³⁴.

În același timp, în doctrina franceză s-au făcut auzite voci care au criticat noțiunea de „reparare a prejudiciului”, arătând că înțelesul juridic al acestui termen „desemnează, de cele mai multe ori, compensarea prejudiciului prin indemnizarea victimei (și nu a prejudiciului, cum se afirmă adesea)”³⁵. În alți termeni, reparația are ca deziderat „obligarea celui chemat să răspundă la desființarea sau la compensarea, în chipul cel mai eficace sau adecvat, a efectelor păgubitoare produse de fapta ilicită”³⁶, respectiv identificarea „unor remedii adecvate situației in juste a victimei”³⁷.

Cu toate că în absența prejudiciului este exclusă, de principiu, antrenarea răspunderii civile, condiția existenței unui prejudiciu este insuficientă pentru angajarea răspunderii civile reparatorii. Pe de altă parte, pentru a putea fi reparat, prejudiciul trebuie să fie privit ca o noțiune juridică³⁸, iar pentru aceasta el trebuie să îndeplinească anumite condiții și este supus anumitor reguli. Astfel, chiar dacă legiuitorul statuează că orice prejudiciu este susceptibil de reparație (art. 1381 alin. 1 din noul Cod civil)³⁹, reparația poate surveni doar atunci când sunt întrunite condițiile statuate de lege. Astfel, pentru a fi reparabil prejudiciul trebuie să aibă:

a. caracter cert (art. 1385 și art. 1532 C. civ.) – prejudiciul este cert când existența lui actuală sau viitoare este neîndoielnică și, în același timp, poate fi stabilită întinderea sa în prezent, adică paguba este deja prezentă imediat după producerea faptei ilicite care a

³² G. Vințanu, în rezumatul tezei de doctorat intitulată „Prejudiciul, element al răspunderii civile în dreptul român și comparat”, articol publicat pe www.unibuc.ro.

³³ X. Pradel, *Le prejudice dans le droit civil de la responsabilité*, op. cit., apud S. Neculaescu, *Repararea prejudiciului constând în vătămarea unui interes*, op. cit., p. 16.

³⁴ Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, op. cit., p. 86, apud S. Neculaescu, *Repararea prejudiciului constând în vătămarea unui interes*, op. cit., p. 17.

³⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, p. 803, apud S. Neculaescu, *Dreptul victimei la repararea prejudiciului în cadrul răspunderii delictuale (...)*, op. cit., p. 46.

³⁶ M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, 1972, p. 469.

³⁷ S. Neculaescu, în *Răspunderea civilă delictuală. Examen critic al condițiilor și fundamentării răspunderii civile delictuale în dreptul civil român*, Ed. Șansa, București, 1994, p. 94.

³⁸ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, op. cit., p. 332-333.

³⁹ Oricum, credem că o încercare de enumerare de către legiuitor a tuturor formelor de prejudiciu s-ar putea dovedi sortită eșecului, în raport cu ritmul în care realitatea își modifică paradigmele în această materie. În doctrină prejudiciile sunt clasificate după diverse criterii, fără a se ajunge totuși la o unitate de opinie asupra clasificării prejudiciilor. Pentru detalii cu privire la criteriile de clasificare a prejudiciilor, a se vedea C. Jugastru, *Prejudiciul – repere românești în context european*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 13-14.

cauzat-o. Altfel spus, certitudinea prejudiciului se referă și la caracterul său real, adică efectiv și prezent, opus celui putativ sau simplei eventualități⁴⁰.

În această categorie intră prejudiciul actual, dar și cel viitor, însă doar dacă acesta poate fi stabilit cu certitudine în prezent. Nu sunt certe acele prejudicii viitoare și eventuale, însă ele vor deveni reparabile atunci când s-au produs sau este sigur că se vor produce. În doctrină s-a apreciat că prejudiciul este „*nu numai condiția răspunderii, dar și măsura ei, în sensul că autorul răspunde numai în limita prejudiciului cauzat*”⁴¹, însă, în realitate, condiția prejudiciului cert trebuie percepută în sensul că nu se poate repara un prejudiciu a cărui realizare este doar ipotetică⁴².

Prejudiciile viitoare și eventuale nu trebuie confundate cu **prejudiciile constând în pierderea unei șanse**, cu privire la care dreptul la reparație a fost consacrat de noul Cod civil atât în art. 1385 alin. 4, care stipulează că „*dacă fapta ilicită a determinat și pierderea șansei de a obține un avantaj sau de a evita o pagubă, reparația va fi proporțională cu probabilitatea obținerii avantajului, ori, după caz, a evitării pagubei, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a victimei.*”, cât și în art. 1532 alin. 2, potrivit cu care „*prejudiciul ce ar fi cauzat prin pierderea unei șanse de a obține un avantaj poate fi proporțional cu probabilitatea obținerii avantajului, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a creditorului*”.

Prin pierderea unei șanse se înțelege pierderea posibilității unei persoane de a realiza un câștig sau de a evita o pierdere, urmare a faptei ilicite. Suntem în prezența unor asemenea prejudicii, de exemplu, în următoarele situații: un avocat al unui justițiabil nu se prezintă la un termen de judecată sau nu îndeplinește un act de procedură ce are drept consecință pierderea de către clientul său a șansei de a câștiga procesul; proprietarul unui cal de concurs pierde șansa obținerii unui câștig în cazul în care din cauza întârzierii transportatorului, acel cal nu a luat startul într-o cursă hipică, având toate calitățile să se afle pe unul din locurile premiate etc.⁴³

Prejudiciul constând în pierderea unei șanse are caracter cert și deci este indemnizabil, dacă se poate dovedi că șansa pierdută este reală și serioasă; dacă nu îndeplinește aceste condiții prejudiciul în cauză este calificat eventual sau ipotetic și este nereparabil⁴⁴. Certitudinea prejudiciului ține mai mult de caracterul verosimil al acestuia, atât de

⁴⁰ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, op. cit.*, p. 581.

⁴¹ L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, apud O. Gligan, *Pierderea unei șanse privită prin prisma condițiilor răspunderii civile*, publicat în *Studia Universitas Babeș-Bolyai/Studia Iurisprudentia*, nr. 2/2014 - <http://studia.law.ubbcluj.ro/>, p. 11. Cu toate acestea, relativ la afirmația că prejudiciul este nu numai o condiție a răspunderii, ci și limita ei, s-a spus și că „*până la urmă, adevărata măsură a răspunderii civile delictuale o dă cauzalitatea, aceasta fiind cea care aduce cu ea ideea de „limită”(„...”) – a se vedea Fl. I. Mangu, Despre prejudiciul prin ricoșeu, op. cit.*, p. 101.

⁴² O. Gligan, *Pierderea unei șanse privită prin prisma condițiilor răspunderii civile, op. cit.*, p. 8.

⁴³ A se vedea G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2e éd., Éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995, apud L. Pop, *Tabloul general al răspunderii civile în textele noului Cod civil*, în RRDP nr. 1/2010, p. 213.

⁴⁴ A se vedea Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Éd. Dalloz, Paris, 1999, p. 690.

verosimil încât merită să fie luat în considerare⁴⁵. Astfel, prejudiciile constând în pierderea unei șanse nu trebuie confundate cu prejudiciile viitoare și **eventuale**, întrucât prin pierderea unei șanse are loc pierderea posibilității **efective** a unei persoane de a realiza un câștig sau de a evita o pierdere, deci, prin aceasta, crearea unui prejudiciu persoanei respective. Distincția dintre prejudiciul viitor și cert, reparabil în integralitatea lui, și prejudiciul eventual, care nu este susceptibil de reparare, „*apare destul de brutală în situațiile în care probabilitatea este prea serioasă pentru a putea fi neglijată, dar nu suficientă pentru a putea fi reținută ca certitudine*”⁴⁶, iar în vederea remedierii acestui sistem bazat pe „totul sau nimic”, jurisprudența a introdus această noțiune intermediară a pierderii unei șanse. Așadar, prejudiciul provenit din pierderea unei șanse este un prejudiciu de sine stătător, original⁴⁷. Pierderea unei șanse nu se referă nici la prejudiciile viitoare, care este sigur că se vor produce la o dată ulterioară, dar nici la simplele daune eventuale, care nu au conexiune cu fapta ilicită. Conform unei opinii⁴⁸, „*este vorba aici despre o gradație între virtualitatea mai mult sau mai puțin crescută ca o șansă să fie scăpată*”. Pierderea unei șanse ar putea fi înțeleasă ca o daună eventuală, dar cuantificabilă probabilistic și aproximativ reparabilă⁴⁹. Termenul „reparație” sugerează că victima ar trebui pusă într-o situație similară celei ratate, pentru a i se putea da astfel posibilitatea de a o fructifica, însă acest lucru este de cele mai multe ori imposibil. Împrejurarea ratată ar fi pus la dispoziția victimei posibilitatea alegerii dintre diferite moduri de a acționa, dorite de aceasta sau profitabile ei, iar împiedicarea participării la astfel de împrejurări sunt tratate ca fiind daune distincte de prejudiciul final, concretizat într-o pierdere suferită efectiv⁵⁰.

În materia răspunderii contractuale, cuantumul reparației destinate să indemnizeze repararea prejudiciului constând în pierderea unei șanse trebuie să rămână, în principiu, inferioară avantajelor pe care victima le-ar putea obține din valorificarea acelei posibilități sau șanse, cuantificarea urmând să se realizeze ținând cont de calculul probabilităților, adică pornind de la procentul în care acea șansă se putea realiza, ținând cont de împrejurări și de situația concretă a creditorului⁵¹.

În concluzie, regula cu privire la certitudinea prejudiciului este temperată prin consacarea de către legiuitor a posibilității reparării prejudiciului ce rezultă din pierderea

⁴⁵ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 113, apud O. Gligan, *Pierderea unei șanse privită prin prisma condițiilor răspunderii civile*, op. cit., p. 7.

⁴⁶ A. Bénabent, *Droit civil. Les Obligations*, 9eme éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 2003, p. 456, apud O. Gligan, *Pierderea unei șanse privită prin prisma condițiilor răspunderii civile*, op. cit., p. 9.

⁴⁷ L. Toma, *Prejudiciul cauzat prin pierderea unei șanse conform Noului Cod civil*, în *Curierul Judiciar* nr. 10/2011, p. 503.

⁴⁸ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, op. cit., p. 579.

⁴⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁰ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, op. cit., p. 580.

⁵¹ Principiul reparării integrale a prejudiciului face ca determinarea lui și calculul întinderii daunelor-interese să aibă loc raportat la momentul pronunțării hotărârii judecătorești. Numai astfel creditorul poate obține echivalentul bănesc necesar pentru repunerea lui în situația anterioară. Există însă unele contracte, cum ar fi contractual de transport aerian sau maritim, pentru care legea stabilește un plafon maxim al daunelor-interese. În astfel de contracte, se urmărește evitarea ruinei economice a debitorului, care își îndeplinește obligațiile contractuale în condiții de risc sporit.

unei șanse, un prejudiciu care „se află la jumătatea drumului între prejudiciile pur eventuale și prejudiciile perfect certe sau sigure”⁵².

b. caracter direct – adică, prejudiciul injust cauzat este urmare a faptei ilicite.

Acest caracter se apreciază în funcție de un element obiectiv și anume, raportul de cauzalitate. Prejudiciul este direct în cazul prejudiciilor cauzate în mod direct (victimelor directe), dar și în cazul celor cauzate în mod indirect (victimelor indirecte/prin ricoșeu/prin reflectare), iar cele două noțiuni nu se confundă. Vom avea un prejudiciu direct nu numai atunci când legătura cauzală este directă, ci și atunci când aceasta este indirectă, dar ea există. În schimb, în cazul prejudiciului indirect, raportul de cauzalitate (direct sau indirect) lipsește cu desăvârșire⁵³.

De remarcat faptul că legiuitorul face trimitere în noul Cod civil la instituția prejudiciului prin ricoșeu, statuând în art. 1392 alin. 1 că pot reclama repararea unui astfel de prejudiciu cauzat prin decesul unei persoane numai cei îndreptățiți, potrivit legii, la întreținere din partea celui decedat, în timp ce alin. 2 al aceluiași articol recunoaște vocația la repararea unui prejudiciu patrimonial prin ricoșeu oricărei persoane căreia, fără a fi obligată de lege, victima decedată îi prestase întreținere în mod curent. De asemenea, art. 1.391 alin. 2 din același act normativ statuează că ascendenții, descendenții, frații, surorile, soțul supraviețuitor pot solicita persoanei răspunzătoare despăgubiri pentru durerea încercată prin moartea victimei. Practic, prejudiciul prin ricoșeu „se constituie în pierderea unei valori patrimoniale sau în lezarea sentimentelor de afecțiune ale unei persoane – victimă indirectă – ca urmare a unei fapte ilicite ce a cauzat decesul unei alte persoane – victimă directă – de care aceasta este legată prin relații de afecțiune sau de interes”⁵⁴, și presupune îndeplinirea a două condiții: să existe, în primul rând, un prejudiciu al victimei imediate și, în al doilea rând, să existe o relație de afecțiune sau de interes între aceasta și victima mediată⁵⁵.

c. caracter personal – doar persoana sau persoanele care au suferit prejudiciul injust au dreptul de a pretinde repararea lui.

Acest caracter nu împiedică repararea prejudiciilor cauzate unei întregi categorii sau unor grupuri de persoane și nici a prejudiciilor prin ricoșeu⁵⁶.

În doctrină prejudiciile colective au fost definite ca „acele prejudicii injust cauzate unui grup de persoane (colectiv de salariați, coproprietarii unui imobil, membrii unei anumite profesii, un grup de consumatori etc.) printr-o faptă ilicită de încălcare a unor drepturi sau interese legitime care le aparțin”⁵⁷. Aceste prejudicii au o amploare excepțională și au mai fost numite „prejudicii în masă”⁵⁸.

⁵² L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile, op. cit.*, p. 333.

⁵³ *Idem*, p. 335.

⁵⁴ Fl. I. Mangu, *Despre prejudiciul prin ricoșeu, op. cit.*, p. 127.

⁵⁵ *Idem*, p. 119.

⁵⁶ V. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, în L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile, op. cit.*, p. 335.

⁵⁷ X. Pradel, *Le prejudice dans le droit civil de la responsabilité*, în L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile, op. cit.*, p. 335.

⁵⁸ *Idem*, p. 336.

d. să rezulte din încălcarea unui drept sau a unui interes legitim – prejudiciul este reparabil dacă este urmarea încălcării drepturilor subiective patrimoniale sau nepatrimoniale, dar și atunci când este consecința încălcării unui interes rezultat dintr-o situație de fapt, dar căruia nu îi corespunde un drept subiectiv. În acest din urmă caz, trebuie totuși îndeplinite două condiții: (a) situația de fapt care a stat la baza interesului să aibă caracter de stabilitate, să creeze aparența unui drept subiectiv, iar (b) interesul lezat să fie licit și moral.

Repararea prejudiciului cauzat prin încălcarea unui interes legitim a fost consacrată legislativ în premieră de noul Cod civil, prin dispozițiile art. 1359 NCC, potrivit cu care *„autorul faptei ilicite este obligat să repare prejudiciul cauzat și atunci când acesta este urmare a atingerii aduse unui interes al altuia, dacă interesul este legitim, serios, și, prin felul în care se manifestă, creează aparența unui drept subiectiv”*.

Una dintre condițiile pe care trebuie să le îndeplinească interesul lezat este „legitimitatea”, cu privire la care doctrina a statuat că ar trebui raportată la trei repere esențiale: liceitatea, ordinea publică și bunele moravuri⁵⁹ și ar trebui să vizeze *„conformitatea unei instituții cu o normă juridică sau etică superioară, percepută ca fundamentală de o colectivitate care acceptă moral și politic autoritatea acestei instituții.”*⁶⁰. În ceea ce privește „seriozitatea” interesului, aceasta presupune ca leziunea intereselor victimei să aibă o anumită consistență, sau, în alte cuvinte, prejudiciul generat victimei să nu fie unul benign. Instituirea de către legiuitor a acestei condiții a fost criticată de doctrină, pe considerentul că este susceptibilă de interpretări subiective, iar pe de altă parte, *„dacă vom înțelege că legitimitatea în această materie este conformitatea interesului cu legea, ordinea publică și bunele moravuri, condiția de seriozitate a prejudiciului apare inclusă în acest concept nou și într-adevăr util dreptului răspunderii delictuale”*⁶¹. Cât privește condiția ca, prin felul în care se manifestă, interesul vătămat să creeze aparența unui drept subiectiv, aceasta a fost „preluată” din practica judiciară cristalizată în perioada aplicării Codului civil de la 1864, care a consacrat situații în care beneficiari ai întreținerii acordate benevol (părinți, copii, persoane vârstnice, concubini, persoane apropiate victimei directe) au obținut repararea

⁵⁹ În acest sens, a se vedea: J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations. Le fait juridique*, 10^e éd.; Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd.; G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd.; L. Cadet, *Les métamorphoses du préjudice*, surse citate de autorul S. Neculaescu, *Izvoarele obligațiilor în Codul civil art. 1164-1395. Analiză critică și comparativă a noilor texte normative*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 650. În același sens, a se vedea și: S. Neculaescu, *Repararea prejudiciului cauzat prin vătămarea unui interes*, în *Revista Universul Juridic* nr. 4 2017, p. 20, unde se arată că: *„Nu este mai puțin adevărat că diversitatea situațiilor în care se poate plasa victima face imposibilă orice tentativă de tipizare a lor. Astfel, dacă au fost indemnizate prejudiciile suferite de toxicomanul care se deplasa pentru a-și procura droguri, la prostituata accidentată la locul unde își exercita meseria, cu motivarea că nu există o legătură directă de cauzalitate între situația ilicită a victimei și prejudiciul suferit, în alte cazuri, cum este cel al jucătorului care avea interdicție de a intra în cazinou sau al comerciantului cărui proprietarul terenului i-a interzis să-și expună marfa cu ocazia unei sărbători, au fost respinse acțiunile formulate de victime. Se poate concluziona că situația ilegală în care se află victima nu este un impediment absolut pentru acordarea despăgubirilor pretinse, astfel că instanța investită va trebui să evalueze, de la caz la caz, contribuția cauzală efectivă a fiecărui caz în parte”*.

⁶⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Éd. Presses Universitaires de France, 2008, p. 542.

⁶¹ S. Neculaescu, în *Repararea prejudiciului cauzat prin vătămarea unui interes*, op. cit., p. 28.

prejudiciului suferit „prin ricoșeu” ca urmare a pierderii întreținerii, cu condiția să fi putut dovedi că întreținerea a avut o suficientă continuitate, reprezentând „o permanență îndestulătoare pentru a justifica presupunerea că ea ar fi continuat și în viitor”⁶².

4. Repararea prejudiciului în materia răspunderii civile contractuale

În ceea ce privește prejudiciul ca element esențial al răspunderii civile, noul Cod civil aduce câteva modificări și în domeniul **răspunderii civile contractuale**. Din această perspectivă în doctrină se susține că singura deosebire majoră dintre răspunderea contractuală și cea delictuală, este aceea că în materie contractuală este reparabil doar **prejudiciul previzibil** (art. 1533 C. civ.), iar aceasta deoarece contractul ar fi un „*act de previziune și amenajare a viitorului patrimonial al părților sale*”, care nu pot fi ținute decât la repararea unor daune ce puteau fi prevăzute la momentul încheierii contractului⁶³.

Așadar, pe lângă cerințele enumerate mai sus, în materie contractuală pot fi supuse reparației numai prejudiciile prevăzute sau care puteau fi prevăzute ca urmare a neexecutării la momentul încheierii contractului, cu excepția cazului în care neexecutarea este intenționată sau se datorează culpei grave a debitorului, dar și în acest caz, daunele-interese cuprind doar ceea ce este consecința directă și necesară a neexecutării obligației. Astfel, regula previzibilității nu se aplică în caz de neexecutare intenționată sau culpă gravă a debitorului, când se consideră că se trece în sfera răspunderii delictuale, materie în care repararea prejudiciului nu este limitată de această regulă⁶⁴.

Pe lângă această cerință specială, referitoare la caracterul previzibil al prejudiciului, în materie contractuală s-a instituit obligația **legală a moderării prejudiciului de către creditor**, consecință a principiului executării contractului cu bună-credință, care impune părților să coopereze în cursul executării și să depună o minimă diligență pentru a facilita executarea obligației la care e ținut celălalt contractant⁶⁵. Este vorba despre limitarea reparării prejudiciului datorată lui *mora creditoris* (art. 1534 C. civ.), caz în care repararea prejudiciului este limitată de orice neexecutare imputabilă creditorului⁶⁶.

⁶² M. Eliescu, *op. cit.*, p. 101.

⁶³ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 542.

⁶⁴ L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 240. Pentru o analiză detaliată a previzibilității prejudiciului în materie contractuală, din perspectiva analizei economice a dreptului, dar și a dreptului comparat, a se vedea C. Paziuc, *Prejudiciul previzibil în materie contractuală*, în RRDP nr. 6/2015, p. 148-189.

⁶⁵ A se vedea M. I. Floare, *Observații privind buna și reaua-credință în executarea contractelor de drept comun, în noul Cod civil al României și în dreptul comparat*, în RRDP nr. 5 / 2014, p. 74-116. În opinia acestui autor, „Conceptul de „bună-credință” permite judecătorului să rămână în cadrul obligațiilor expres asumate de părți, veghind la executarea lor loială și evitând prevalarea de litera contractului pentru a-i eluda spiritul. În ceea ce privește echitatea, aceasta completează buna-credință, invitând instanța să dea contractului toate urmările implicite conforme naturii acestuia.” – *op. cit.*, p. 83.

⁶⁶ O prevedere similară se regăsește în art. 77 din Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri încheiată la Viena la 11 aprilie 1980 (CVIM), în care se stipulează că „partea care invocă încălcarea contractului trebuie să ia măsuri rezonabile, în raport de împrejurări, pentru a limita pierderea, inclusiv câștigul nerealizat, rezultat al încălcării. Dacă ea neglijează să o facă, partea în culpă poate cere o reducere a daunelor interese egală cu mărimea pierderii care ar fi trebuit evitată”.

În această categorie este cuprinsă și obligația creditorului de minimizare a prejudiciului (prevăzută la art. 1534 alin. 2 C. civ.). Astfel, creditorul va trebui să depună diligențe, dacă acest lucru este posibil, în vederea înlăturării consecințelor prejudiciabile pe care le are neexecutarea.

Obligația de moderare a prejudiciului (*the duty to mitigate*) presupune îndatorirea creditorului de a întreprinde măsuri rezonabile de limitare a prejudiciului produs de debitor. Încălcarea acestei îndatoriri poate presupune o conduită activă (a luat măsuri hazardate, care au produs cheltuieli exorbitante, sporind astfel prejudiciul) sau una de abstențiune (a omis să întreprindă măsuri rezonabile de limitare a prejudiciului⁶⁷).

Obligația creditorului este una de diligență, de mijloace, ceea ce înseamnă că debitorul nu se poate prevala de prezumția de culpă a creditorului care nu a ajuns la rezultatul scontat, ci, dimpotrivă, va fi ținut să dovedească neglijența ori imprudența creditorului în neobținerea rezultatului. Aprecierea culpei de abstențiune va avea loc *in abstracto*, prin raportare la etalonul persoanei prudente, care, în circumstanțe economice și sociale similare, a dat dovadă de precauție și a încercat să limiteze consecințele nefaste ale faptei prejudiciabile. Această ipoteză reprezintă o excepție de la principiul reparării integrale a prejudiciului, consacrat de art. 1531 din noul Cod civil.

Norma de la 1534 din noul Cod civil conține două situații de partajare a răspunderii civile: cea derivată din neexecutarea obligației de moderare a prejudiciului, și cea de asumare expresă a unui risc de către creditor. Asocierea celor două ipoteze în același articol a fost criticată de doctrină, susținându-se că „referirea legiuitorului la ambele cazuri de partajare a responsabilității civile într-un text legal unic este eronată, întrucât poate induce ideea greșită a identității de fundament juridic”⁶⁸.

Pentru angajarea răspunderii civile contractuale se mai impune și condiția ca **părțile să nu fi prevăzută în contract o clauză de neresponsabilitate**. Marea majoritate a normelor juridice aplicabile răspunderii contractuale, îndeosebi cele din Codul Civil, sunt suplative, în sensul că suplinesc sau completează voința părților contractante, care nu este întotdeauna expres și explicit declarată în cuprinsul contractului.⁶⁹ Așa se explică faptul că ele pot fi modificate, în anumite limite, prin acordul de voință al părților⁷⁰. Convenția prin care părțile contractante stabilesc expres clauze de modificare a răspunderii este necesar să fie încheiată înainte de neexecutarea prestațiilor și de producerea prejudiciului⁷¹. Dacă

⁶⁷ S-a remarcat însă că, spre deosebire de domeniul răspunderii contractuale, în materia răspunderii delictuale art. 1385 NCC nu mai face trimitere la caracterul rezonabil al cheltuielilor – a se vedea N. Daghie, *Câteva considerații asupra dispozițiilor art. 1534 din noul Cod civil, aplicație particulară a principiului bune – credințe*, în Dreptul nr. 11/2016, p. 39. În orice caz, este de principiu că, atunci când a luat măsuri de limitare a prejudiciului, creditorul va putea recupera doar cheltuielile rezonabile, nu și pe cele voluptuorii.

⁶⁸ A se vedea J. Goicovici, *Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil*, în „Analele Universității de Vest Timișoara – Seria Drept”, nr. 1/2015, p. 33.

⁶⁹ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Contractul, op. cit.*, p. 675.

⁷⁰ Prin convenție părțile pot doar să modifice răspunderea contractuală, neputând stipula în contract clauze prin care debitorul să fie exonerat de orice răspundere sau prin care ar fi scutit să răspundă pentru culpa sa gravă sau pentru dol. Astfel de clauze sunt lovite de nulitate absolută, deoarece existența lor este o dovadă implicită a faptului că debitorul nu a avut intenția de a se obliga juridic, obligațiile asumate de debitor fiind pur potestative.

⁷¹ L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 310.

după producerea prejudiciului creditorul renunță la repararea lui, nu mai este vorba despre o convenție cu privire la răspundere, ci, eventual, de o iertare de datorie. De asemenea, convențiile cu privire la răspundere nu trebuie confundate nici cu convențiile prin care se determină anticipat întinderea obligației de despăgubire (clauza penală).

În doctrină se susțin trei categorii de convenții privind răspunderea contractuală: pentru anumite cazuri exceptate sau culpe determinate se admit **clauze de exonerare de răspundere**; **clauze de plafonare** sau **de limitare a răspunderii**; **clauze de agravare a răspunderii contractuale**.

Clauzele de nerăspundere sunt acele clauze prin care este stipulat în contract că debitorul nu va fi răspunzător la daune-interese pentru neexecutarea *lato sensu* a obligațiilor sale sau unora dintre ele⁷². În acest sens, sunt valabile clauzele prin care debitorul este exonerat de răspundere atunci când neexecutarea se datorează unei culpe ușoare, cum este neglijența sau imprudența. Astfel de clauze sunt însă lipsite de efect exonerator în cazul prejudiciilor cauzate direct persoanei, deoarece viața, sănătatea, integritatea fizică și psihică a unei persoane umane sunt intangibile, neputând face obiectul unei tranacții⁷³. Tot astfel, nu va produce efecte nici clauza prin care debitorul ar fi exonerat de răspundere în cazul în care neexecutarea contractului s-ar datora culpei sale grave, întrucât o astfel de clauză este contrară ordinii publice și bunelor moravuri. Vor fi însă valabile clauzele prin care se reduce numărul obligațiilor legale ale debitorului, cu condiția de a nu se încălca dispozițiile imperative ale legii⁷⁴.

Potrivit art. 1356 alin.1 din noul Cod civil, „*un anunț care exclude sau limitează răspunderea contractuală, indiferent dacă este adus ori nu la cunoștința publicului, nu are*

⁷² Art. 1355 alin. 1 din Codul civil stabilește imperativ că „*nu se poate exclude sau limita, prin convenții sau acte unilaterale, răspunderea pentru prejudiciul material cauzat altuia printr-o faptă săvârșită cu intenție sau din culpă gravă*”, iar alin. 2 al aceluiași articol dispune că „*sunt valabile clauzele care exclud răspunderea pentru prejudiciile cauzate, printr-o simplă imprudență sau neglijență, bunurilor victimei*”. Alin. 3 prevede faptul că „*răspunderea pentru prejudiciile cauzate integrității fizice sau psihice ori sănătății nu poate fi înlăturată sau diminuată decât în condițiile legii*”, iar prin alin. 4 se dispune că „*declarația de acceptare a riscului producerii unui prejudiciu nu constituie, prin ea însăși, renunțarea victimei la dreptul de a obține plata despăgubirilor*”.

⁷³ Relativ la acest aspect, în doctrină s-a arătat că „*Interdicția statuată în art. 1355 alin. (3) C. civ. se corelează cu dispozițiile constituționale și cu prevederile noului Cod civil în materia drepturilor inerente persoanei fizice. Legea fundamentală garantează dreptul la viață, dreptul la integritate fizică și psihică (art. 22), precum și dreptul la ocrotirea sănătății (art. 34). Art. 64 și art. 66 C. civ. stabilesc că nu se poate aduce atingere integrității ființei umane, decât în cazurile și condițiile expres și limitativ prevăzute de lege. Textele normative menționate instaurează principiile inviolabilității și indisponibilității corpului uman. Se conferă, astfel, caracter imperativ prevederilor care interzic clauzele de nerăspundere sau de plafonare a răspunderii pentru prejudicii cauzate integrității fizice, integrității psihice sau sănătății. Legile speciale reglementează, în acord cu prevederile legii fundamentale, regula interdicției de a înlătura răspunderea pentru prejudicii cauzate corpului uman.*” – a se vedea C. Jugastru, *Prejudiciul în absența cauzelor justificative*, în Acta Universitatis Lucian Blaga. Iurisprudentia nr. 1/2012, p. 108.

⁷⁴ Legislația protecției consumatorilor prevede în unele situații că orice clauze contractuale de limitare sau exonerare de răspundere a profesionistului sunt lovite de nulitate absolută (de pildă: art. 10 din Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte). În schimb, într-un contract de vânzare-cumpărare care nu este încheiat cu un profesionist, părțile pot stipula că debitorul nu va răspunde pentru evicțiune, cu excepția faptului său personal.

niciun efect decât dacă acela care îl invocă face dovada că cel prejudiciat cunoștea existența anunțului la momentul încheierii contractului”. Anunțurile legate de răspunderea contractuală sunt expresia unor clauze contractuale prin care se face publică existența unei situații care limitează răspunderea debitorului⁷⁵. Anunțurile care tind să limiteze sau chiar să excludă răspunderea nu au o soartă juridică proprie, ci țin de executarea contractului care le justifică publicitatea. Practic, ele au rolul de a aduce la cunoștința publicului cazul de exonerare, iar cunoașterea lor este o chestiune de fapt, care poate fi probată cu orice mijloc de dovadă. Dacă anunțul nu putea fi cunoscut sau nu a ajuns efectiv la cunoștința publicului (e.g. e ilizibil pentru că e prea mic scris, e pus într-un loc inaccesibil publicului), clauza de nerăspundere este ineficientă⁷⁶.

Clauzele de plafonare sau limitare a răspunderii sunt acele clauze contractuale prin care părțile stabilesc o limită maximă a despăgubirilor la plata cărora debitorul poate fi obligat pentru neexecutarea *lato sensu* a prestațiilor la care s-a îndatorat, chiar dacă prejudiciul suferit de creditor este superior acestei limite⁷⁷. Aceste tipuri de clauze sunt admisibile, în principiu, pe temeiul libertății contractuale, dacă au fost acceptate de către părți în cunoștință de cauză, însă nu și în cazul în care sunt derizorii⁷⁸, deoarece, dacă plafonul stabilit este într-atât de redus încât devine simbolic, se va considera că suntem în prezența unei clauze de nerăspundere totală. De asemenea, astfel de convenții nu sunt valabile dacă neexecutarea obligației contractuale este urmarea dolului debitorului, după cum vor fi lovite de nulitate și clauzele prin care se încalcă o interdicție legală prevăzută imperativ de lege⁷⁹, cum este cazul reglementărilor cu privire la clauzele abuzive.

Așa cum s-a remarcat și în literatura de specialitate⁸⁰, se poate constata că între clauza penală și clauzele limitative de răspundere există asemănări, cum ar fi faptul că ambele tipuri de clauze sunt admisibile în principiu, însă cele din urmă doar sub rezerva de a nu reprezenta o „invitație la delăsare și la neglijență”. Clauzele limitative de răspundere au însă ca obiect predeterminarea plafonului daunelor-interese, în timp ce obiectul clauzelor penale, deși este reprezentat tot de o predeterminare a daunelor-interese, de

⁷⁵ „Nu răspundem de obiectele lăsate la vedere în autovehicule!” este un exemplu de afiș plasat în parcările private, prin care se atenționează șoferul că depozitarul nu își asumă paza pentru asemenea lucruri. Anunțul are ca scop instituirea unei clauze de nerăspundere, care se va considera automat consimțită de la momentul luării la cunoștință a conținutului ei. Cu privire la mecanismul de operare a anunțurilor care limitează sau exclud răspunderea, a se vedea A. Almășan, *Excluderea și limitarea răspunderii*, în *Curierul Judiciar* nr. 1/2014, p. 27.

⁷⁶ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 545.

⁷⁷ L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 312.

⁷⁸ B. Stark, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Obligations. Contrats*, troisième éd., Litec, Paris, 1989, p. 635, *apud* L. Pop, *Trat at de drept civil. Obligațiile*, vol. II, *Contractul...*, p. 677.

⁷⁹ De reținut că, în materie delictuală, printr-un anunț nu poate fi exclusă sau limitată răspunderea pentru prejudiciile cauzate victimei – art. 1356 alin. (2) din noul Cod civil – ținând seama că, potrivit art. 1355 alin. (3) din același act normativ, nu se poate limita sau diminua, decât în condițiile legii, răspunderea pentru prejudiciile aduse integrității fizice, psihice sau sănătății. Pentru detalii, a se vedea C. Jugastru, *Prejudiciul în absența cauzelor justificative*, *op. cit.*, p. 128.

⁸⁰ A se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, *Considerații cu privire la clauza penală*, în „Pandectele române”, supliment, 2003, p. 118-119.

această dată, valoarea sa trebuie să fie cât mai apropiată de cea a prejudiciului previzibil⁸¹. În ceea ce privește criteriile care ar putea fi luate în considerare la departajarea celor două tipuri de clauze, putem menționa: clauzele limitative de răspundere nu au un caracter cominatoriu, în timp ce clauza penală are un astfel de caracter; clauzele limitative de răspundere sunt stipulate în interesul debitorului, pe când clauza penală este stipulată în interesul creditorului; în prezența unei clauze limitative de răspundere, instanța este datoare să evalueze prejudiciul, urmând să oblige la plata daunelor-interese stipulate ca limită maximă în contract, chiar dacă valoarea prejudiciului produs efectiv este mai mare decât această valoare; în prezența unei clauze penale, instanța este însă scutită de evaluarea prejudiciului, tocmai datorită caracterului forfețar al acestei clauze care se opune evaluării reale a pagubei, astfel că instanța de judecată îl va obliga pe debitor numai la plata sumei predeterminate prin clauza penală⁸².

În ceea ce privește clauzele prin care se agravează răspunderea, acestea se referă la ipotezele în care, prin acordul de voință al părților, debitorul se angajează la a răspunde chiar și pentru cazurile în care legea îl exonerează, asumându-și răspunderea pentru ipoteza în care neexecutarea prestațiilor la care s-a obligat se va datora unor cazuri de forță majoră sau cazului fortuit. O asemenea convenție trebuie să fie neîndoielnică față de consecințele ce le produce în planul răspunderii debitorului. Nu sunt valabile clauzele de agravare a răspunderii prin care unele obligații contractuale de mijloace, prin natura lor specifică, sunt transformate în obligații de rezultat, pentru ca răspunderea debitorului să fie obiectivă, cum ar fi: obligația avocatului față de clientul său că va câștiga procesul, obligația medicului față de un pacient care suferă de o boală incurabilă că îl va vindeca. Asumarea unor astfel de obligații este contrară eticii profesionale și ordinii publice. Dar, în calificarea obligației medicului ca fiind o obligație de mijloace, de diligență și prudență, s-a ținut seama de faptul că practica medicinei are un pronunțat caracter aleatoriu, cu riscuri, complicații, efecte secundare etc., ceea ce înseamnă că, în toate situațiile în care factorul aleatoriu, de risc, este eliminat, obligația medicului devine de rezultat. De asemenea, medicul poate să modifice voluntar natura obligației sale și să se angajeze la executarea unei obligații de rezultat, cum ar fi, de exemplu, chirurgul estetician, biologul, stomatologul, care se obligă să obțină un rezultat⁸³ (o operație estetică-reparatorie, efectuarea analizelor ori o lucrare dentară).

O altă instituție pe care noul Cod o abordează în premieră este prejudiciul moral. Dacă prejudiciul patrimonial nu comportă discuții deosebite datorită posibilității evaluării sale pecuniare, daunele morale au constituit întotdeauna o categorie controversată⁸⁴. Cei care se opuneau recunoașterii posibilității de reparație a lor aduceau ca argumente că reparația bănească a unor daune pur morale „nu face decât să asigure o mercantilizare a sentimentelor și a altor elemente morale intrinsec legate de ființa umană”⁸⁵. Cei în

⁸¹ I. Adam, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. I. Contractul*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 722.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ A se vedea Fl. I. Mangu, *Malpraxisul medical. Răspunderea civilă medicală*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 612 și urm.

⁸⁴ C. Jugastru, *Repararea prejudiciilor nepatrimoniale*, în P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, op. cit.* p. 576.

⁸⁵ *Idem*, p. 575.

favoarea acordării lor insistau pe ideea că, în fond, „aici nu ar fi vorba despre o comercializare sau materializare a valorilor moral-umane, deci funcția reparatorie a răspunderii ar trebui scoasă din discuție, trebuind să ne concentrăm fie pe ideea de compensare, fie pe funcția punitivă a răspunderii civile. Prin urmare, este de acceptat mai degrabă prin excepție de la funcția reparatorie a răspunderii delictuale, o abatere chiar de la exigențele impuse de logica strict tehnică a dreptului civil, decât să acceptăm o injustiție, sau să trecem cu vederea un delict civil, o faptă ilicită”⁸⁶. Noul Cod civil a soluționat această problemă, repararea prejudiciului nepatrimonial fiind prevăzută nu doar în cazul răspunderii delictuale (art. 1391 C. civ.), dar și în cazul răspunderii contractuale (art. 1531 alin. 3 C. civ.).

În materia acordării reparației, Codul civil actual consacră câteva dintre soluțiile frecvent regăsite în doctrina și jurisprudența anterioare intrării sale în vigoare. Astfel, despăgubirea se va acorda sub forma unei sume globale, iar dacă prejudiciul are caracter de continuitate, despăgubirea se acordă sub formă de prestații periodice (art. 1386 alin. 3 C. civ.). În cazul prejudiciului viitor, despăgubirea acordată va putea fi sporită, redusă sau suprimată, indiferent de forma în care a fost acordată (global sau în prestații periodice) dacă, după stabilirea ei, prejudiciul s-a mărit, s-a micșorat sau a încetat (art. 1386 alin. 4 C. civ.).

Determinarea despăgubirilor se face prin acordul părților sau, în lipsă prin hotărâre judecătorească (art. 1386 alin. 1 C. civ.), iar la stabilirea acestora se va ține seama de data producerii prejudiciului (art. 1386 alin. 2 C. civ.).

Așa cum am arătat și mai sus, în materia daunelor morale principiul reparării integrale a prejudiciului nu poate avea decât un caracter aproximativ, fapt explicabil în raport cu natura neeconomică a respectivelor daune, imposibil de a fi echivalate pecuniar.

Instanța sesizată cu repararea prejudiciului nepatrimonial va trebui să caute a fixa o sumă necesară nu atât pentru a repune victima într-o situație similară cu cea avută anterior, cât de a-i procura satisfacții de ordin moral susceptibile a înlocui valoarea de care a fost privată⁸⁷. S-a ajuns astfel la constatarea realistă că sunt situații în care banii pot alina suferințele fizice și psihice ale victimelor, mai ales când starea materială a acestora este modestă sau precară, ceea ce instanțele de judecată sunt chemate să aprecieze de la caz la caz⁸⁸.

Repararea prejudiciilor în natură își găsește aplicare atât în cazul prejudiciilor patrimoniale, cât și în cazul prejudiciilor morale, cel puțin în parte. În acesta din urmă situație, această reparare în natură constă într-un anumit act sau fapt de natură a restabili situația anterioară a drepturilor nepatrimoniale încălcate, drepturi prin care se ocrotește personalitatea fizică, psihică sau socială a victimei.

Articolul 253 din noul Cod civil prevede mijloacele nepatrimoniale prin care se asigură posibilitatea reparării în natură a prejudiciilor morale rezultate din încălcarea drepturilor la care face trimitere textul articolului precedent. Așadar, la cererea persoanei lezate, instanța de

⁸⁶ *Idem*, p. 576.

⁸⁷ Gh. Vintilă, C. Furtună, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 66.

⁸⁸ I. Albu, *Considerații în legătură cu revenirea jurisprudenței române la practica reparării bănești a daunelor morale*, în *Dreptul* nr. 8/1996, p. 21.

judecată va putea dispune:

(a) încetarea imediată și interzicerea în viitor a încălcării dreptului victimei,

(b) obligarea autorului, pe cheltuiala sa, la publicarea hotărârii judecătorești de condamnare sau

(c) obligarea autorului la îndeplinirea altor măsuri pe care le consideră necesare pentru încetarea faptei ilicite sau pentru repararea prejudiciului moral cauzat, pentru a se ajunge la restabilirea dreptului încălcat.

Uneori însă repararea prejudiciilor nepatrimoniale prin mijloace de aceeași natură este insuficientă pentru ca victima să fie repusă în situația anterioară, în sensul de a fi atenuate sau anihilate durerile fizice și mai ales cele psihice provocate de fapta ilicită. De aceea, art. 253 alin. 4 C. civ. prevede că victima poate cere despăgubiri sau, după caz, altă reparație patrimonială pentru prejudiciul, chiar nepatrimonial, ce i-a fost cauzat, dacă vătămarea este imputabilă autorului faptei prejudiciabile. Reforma patrimonială are ca finalitate compensarea, atenuarea sau alinarea durerilor fizice și suferințelor psihice ale victimelor⁸⁹.

Repararea daunelor morale prin mijloace bănești se impune numai atunci când aceasta are o eficiență sporită față de mijloacele nepatrimoniale, în funcție de specificul cauzei⁹⁰.

În ceea ce privește cuantumul despăgubirilor, dificil de stabilit, chiar mai dificil decât luarea în sine a hotărârii de a acorda despăgubiri bănești, instanțele de judecată trebuie să observe că sumele de bani pe care le acordă cu titlu de daune morale să aibă efecte compensatorii și asemenea sume nu trebuie să constituie nici amenzi excesive pentru autorii daunelor și nici venituri nejustificate pentru victimele daunelor⁹¹.

S-a apreciat că în privința stabilirii cuantumului compensațiilor acordate pentru repararea daunelor morale se face necesară o analiză *in concreto* și subiectivă a existenței și întinderii prejudiciului, precum și corelarea despăgubirii cu realitatea măsurată a suferințelor îndurate de victimă, opusă unei aprecieri *in abstracto* și obiectivă, bazată pe referirea la metode statice și anumite bareme prestabilite⁹².

În concluzie, încercând să analizăm viziunea noului Cod civil asupra prejudiciului, element esențial al răspunderii civile, putem conchide că noile prevederi reprezintă un progres față de cele anterioare⁹³, fiind însă perfectibile. Consacrarea dreptului victimei la repararea prejudiciului cauzat prin vătămarea unui interes, a prejudiciului rezultat din

⁸⁹ L. Pop, *Reglementările noului Cod civil cu privire la repararea prejudiciului în cazul răspunderii delictuale*, în *Dreptul* nr. 6/2010, p. 22.

⁹⁰ I. Albu, *Considerații în legătură cu revenirea jurisprudenței române la practica reparării bănești a daunelor morale*, *op. cit.*, p. 22.

⁹¹ *Idem, ibidem.*

⁹² Gh. Vintilă, C. Furtună, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, *op. cit.*, p. 121.

⁹³ A se vedea C. Jugastru, *Dificultăți ale evaluării prejudiciului corporal*, în *Revista Universul Juridic* nr. 8/august 2017, p. 59, care saluta ca fiind „binevenită reglementarea (chiar incompletă) a unora dintre componentele nepatrimoniale ale prejudiciilor corporale (cum este prejudiciul de agrement, la art. 1391 alin. 1 C. civ.); reglementarea formelor reparației, atât pentru prejudiciul material, cât și pentru cel extrapatrimonial; reglementarea (din nou, incompletă) a prejudiciului nepatrimonial al victimelor indirecte (prejudiciul prin rigoșeu); legiferarea prejudiciului constând în pierderea șanse, sursa fiind delictul sau contractul; includerea, în prejudiciul reparabil, a cheltuielilor efectuate pentru evitarea sau minimizarea prejudiciului”.

pierderea unei șanse de a obține un avantaj sau de a evita o pagubă, a prejudiciului corporal, a prejudiciilor prin ricoșeu, a prejudiciilor morale reprezintă intervenții binevenite ale legiuitorului, care sunt de natură să confere practicii judiciare reperatele esențiale necesare. Ținând seama însă că „*istoria răspunderii civile după 1804 este aceea a disoluției continue a calităților cerute de prejudiciu pentru a se deschide dreptul la reparație*”⁹⁴, volumul și varietatea prejudiciilor supuse reparației vor reprezenta fără îndoială premisele sporirii exigențelor la care se va raporta în viitor analiza standardelor de conduită a tuturor participanților la circuitul civil.

⁹⁴ L. Cadiet, *Les métamorphoses du préjudice*, în *Les métamorphoses de la responsabilité*, Éd. Presses Universitaires de France, 1998, p. 37, *apud* S. Neculaescu, *Repararea prejudiciului constând în vătămarea unui interes*, *op. cit.*, p. 15.

Construirea de competențe în dreptul comercial în Statele Membre ale Uniunii Europene*

Building Competence in Commercial Law in the Member States of the European Union

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

Abstract

The European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, at the request of the European Parliament's Committee on Legal Affairs (JURI Committee), elaborated a study titled „Building Competence in Commercial Law in the Member States”¹. The Study's purpose was to improve knowledge of cross-border commercial contracts and their operation in theory and practice, especially within European Union Member States.

Almost all of the measures suggested for building competence in commercial law are cross-border measures, in spite of the title chosen for the study. At the end, the improvement of legal education in the field of private international law is mentioned as the „last” measure which should be undertaken towards improving competence in commercial law.

This article looks to check how the Romanian legal system may comply with the recommendations proposed, with a special focus on legal education, with the purpose of outlining that this measure is far from being last or the least important.

Keywords: *building competence in commercial law; private international law; legal education; cross-border commercial contracts; choice of law; choice of international jurisdiction.*

Rezumat

Departamentul de Politică pentru Drepturile Cetățenilor și Afaceri

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

* sergiu.popovici@e-uvv.ro.

¹ G. Rühl, *Building Competence in Commercial Law in the Member States* (Departamentul de Afaceri Parlamentare și Juridice al Parlamentului European), Studiu pentru Comitetul JURI, PE 604.980, Septembrie 2018 (denumit în continuare *Studiul*), disponibil în limba engleză la adresa [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU\(2018\)604980_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604980/IPOL_STU(2018)604980_EN.pdf).

Constituționale, din cadrul Parlamentului European, la solicitarea Comitetului pentru Afaceri Juridice din Parlamentul European (Comitetul JURI), a elaborat un studiu intitulat „Construirea de competențe în dreptul comercial în statele membre”. Scopul studiului a fost să crească nivelul de cunoștințe cu privire la contractele comerciale transfrontaliere și modul în care acestea funcționează în teorie și în practică, în special în Statele Membre ale Uniunii Europene.

Aproape toate măsurile sugerate pentru clădirea de competențe în drept comercial sunt măsuri transfrontaliere, în ciuda titlului studiului. La final, îmbunătățirea educației de drept internațional privat este menționată ca o „ultimă” măsură care ar trebui luată pentru îmbunătățirea competenței în dreptul comercial.

Acest articol urmărește să analizeze modalitățile în care sistemul juridic din România se poate conforma recomandărilor din cadrul Studiului, concentrându-se asupra educației juridice, cu scopul de a scoate în evidență faptul că această măsură este departe de a fi ultima sau cea mai puțin importantă.

Cuvinte-cheie: *construirea de competențe în dreptul comercial, drept internațional privat, educație juridică, contracte comerciale, element de extraneitate, alegerea legii aplicabile, alegerea competenței internaționale.*

I. Aspecte introductive

Rezultatul cercetării efectuate la solicitarea Parlamentului European, intitulat „Construirea de competențe în dreptul comercial în statele membre” a fost publicat în septembrie 2018. Dezbaterea a fost inițiată de Parlament pornind de la o serie de studii empirice care au dovedit că legea elvețiană și legea engleză, precum și instanțele elvețiene și instanțele engleze sunt alese de către părțile contractelor comerciale internaționale într-un procentaj semnificativ mai ridicat decât cele ale altor state membre. Scopul Studiului este de a îmbunătăți competența de drept comercial în Uniunea Europeană prin concentrarea asupra contractelor de comerț internațional și modul în care acestea funcționează în teorie și practică.

În ciuda titlului Studiului, obiectul său de preocupare nu îl reprezintă, așa cum ar părea la o primă citire, dreptul comercial substanțial. Studiul se concentrează cu preponderență covârșitoare asupra aspectelor transfrontaliere ale contractelor comerciale, cum ar fi legea aplicabilă, competența internațională, clauzele de *electio juris* și *electio fori*, toate elemente de drept internațional privat. Una din multele măsuri analizate și propuse de Studiu este îmbunătățirea educației juridice în domeniu.

Scopul acestui articol este de a sublinia faptul că, în ciuda mențiunii și tratării marginale, îmbunătățirea educației juridice în domeniul dreptului internațional privat reprezintă, probabil, cea mai importantă măsură care ar trebui adoptată, fiind singura de care toate celelalte depind în mod necesar, și fără care succesul efectiv al acestora este puțin probabil.

II. Prezentare generală a Studiului

II.1. Structură, context, scop

Scopul lucrării nu este de a oferi o analiză detaliată a tuturor măsurilor propuse în cadrul Studiului; cu toate acestea, o privire generală asupra lor este esențială din două perspective care reprezintă punctul focal al prezentului articol: mai întâi, faptul că îmbunătățirea competențelor de drept comercial este aproape sinonimă, din punctul de vedere al Studiului, cu clădirea de competență în dreptul internațional privat și, în al doilea rând, că toate măsurile propuse în cadrul acestuia sunt puternic dependente de îmbunătățirea educației juridice în materia dreptului internațional privat.

Conform părții introductive² a studiului, „contractele comerciale cu elemente de extraneitate sunt guvernate de o multitudine de reguli normative și alte reglementări. Pentru a înlătura, sau măcar pentru a ameliora incertitudinea astfel generată, părțile contractelor comerciale, atât la nivel internațional cât și în cadrul Uniunii Europene, aleg în mod frecvent atât legea aplicabilă cât și instanțele competente. Când procedează astfel, legile engleză și elvețiană, respectiv instanțele engleze și elvețiene au un grad ridicat de popularitate: conform unui număr important de studii empirice, legile și instanțele ambelor țări sunt alese mult mai des decât legile și instanțele altor țări, deci și ale altor state membre. Parlamentul European a inițiat, din aceste motive, o dezbatere în legătură cu modalitatea în care competența de drept comercial poate fi îmbunătățită în U.E. Sub egida Comitetului pentru Afaceri Juridice al Parlamentului European, următorul studiu urmărește să contribuie la această dezbatere aruncând o privire mai atentă asupra contractelor comerciale cu elemente de extraneitate și asupra modului în care acestea funcționează în teorie și în practică. Studiul descrie cadrul juridic aplicabil și analizează practicile comerciale privind clauzele de alegere a legii sau a jurisdicției. În plus, studiul discută câteva din implicațiile care rezultă din împărțirea neuniformă a competenței de drept comercial între statele membre. La final, studiul oferă o serie de sugestii intenționate să crească atractivitatea soluționării litigiilor comerciale internaționale în U.E.”.

Studiul este organizat în patru părți³: prima analizează cadrul juridic general care guvernează funcționarea contractelor comerciale cu element de extraneitate, scoțând în lumină instrumentele normative privind dreptul comercial substanțial, dar și privind alegerea legii și a jurisdicției internaționale. Partea a doua explorează practicile comerciale actuale privind clauzele de alegere a legii sau a forului, analizând ce legi și ce instanțe sunt cel mai des alese de părțile contractelor comerciale, inclusiv motivele pentru alegerile făcute de părțile contractante. A treia parte ridică în discuție câteva dintre implicațiile prezentului peisaj juridic, inclusiv efectele Brexit-ului, în timp ce partea a patra oferă o serie de recomandări care sunt destinate să îmbunătățească infrastructura juridică pentru soluționarea litigiilor internaționale atât la nivelul statelor membre cât și la nivelul Uniunii Europene. Această parte reprezintă punctul focal al prezentului articol.

Conform secțiunii destinate explicării scopului Studiului⁴, nu este problematic faptul în sine al distribuirii neuniforme a competenței de drept comercial pe teritoriul Uniunii Europene sau al popularității anumitor legi naționale în detrimentul altora, ci faptul că nu toate părțile au posibilitatea efectivă să aleagă legile sau instanțele pe care le doresc sau

² G. Rühl, *Studiul...*, op. cit., p. 7, *Executive summary*; traducerea textului oficial aparține autorului.

³ *Idem*, p. 11.

⁴ *Idem*, p. 7.

care sunt percepute în mod general ca fiind cele mai bune, din motive cum sunt, de exemplu, cheltuielile excesive.

Scopul declarat al Studiului se regăsește sub titulatura „Privire generală” a părții introductive⁵, și constă în schimbarea și îmbunătățirea fundamentală a structurii juridice privind soluționarea litigiilor în Uniunea Europeană, asigurându-se că „părțile comerciale au acces la instanțe și proceduri de înaltă calitate în toate statele membre, indiferent de întinderea și resursele acestora. Drept consecință, părțile vor avea posibilitatea să aibă încredere că vor putea obține executarea pretențiilor acestora peste hotare indiferent de unde provine co-contractantul lor și indiferent dacă au căzut sau nu de acord asupra competenței internaționale. În plus, Uniunea Europeană însăși va deveni un for atractiv pentru soluționarea litigiilor comerciale transfrontaliere. Astfel, va putea concura cu cele mai populare centre de soluționare a litigiilor din lume, aspect care, la rândul său, ar trebui să întărească atractivitatea Uniunii Europene pentru afaceri în general”.

În rezumat, obiectivul clădirii de competență în drept comercial reprezintă, în realitate, un deziderat de a îmbunătăți latura transfrontalieră a dreptului comercial, cu precădere competența internațională și legea aplicabilă. Din punctul de vedere al competenței, forumurile și legislațiile preferate sunt cele din Regatul Unit și Elveția, ceea ce conduce la concluzia că aceste state oferă servicii de o mai bună calitate în domeniu. Prin îmbunătățirea nivelului de competență în celelalte state membre, părțile vor avea la dispoziție o gamă mai extinsă din care să aleagă, fără a scădea calitatea actului de justiție, și astfel impactul posibil al Brexit-ului asupra recunoașterii și executării în U.E. a hotărârilor originare din Regatul Unit ar fi ameliorat. Procedându-se astfel, soluționarea litigiilor în statele membre va deveni mai atractivă, și aceasta pare să fie finalitatea spre care tinde Studiul: de a încuraja părțile unui contract comercial internațional să aleagă instanțele din Statele Membre ale U.E. pentru soluționarea disputelor internaționale⁶.

II.2. Măsuri propuse în vederea clădirii de competență în dreptul comercial

Măsurile analizate de Studiu la Capitolul 4, *Recomandări*⁷, sunt grupate în patru categorii, vizând: unificarea și armonizarea dreptului comercial substanțial; alegerea legii aplicabile; soluționarea litigiilor internaționale la nivelul Statelor Membre și, în final, îmbunătățirea soluționării litigiilor internaționale la nivelul Uniunii Europene, prin înființarea unei Curți Comerciale Europene. Recomandările pot fi grupate în două categorii: măsuri cu impact asupra legislației, naționale sau europene (așa-numitele măsuri *hard*), respectiv măsuri care afectează procese și idei care, deși au drept scop îmbunătățirea peisajului juridic, nu au un efect direct asupra legislației (așa-numitele măsuri *soft*).

⁵ *Idem*, *Outlook*, p. 9; traducerea textului oficial aparține autorului.

⁶ Este interesant de menționat că, deși măsurile propuse au într-adevăr drept scop creșterea în substanță a competențelor de drept comercial, scopul aparent, așa cum este subliniat în Studiu, este de a îmbunătăți percepția asupra competențelor instituțiilor din statele membre în materie comercială.

⁷ *Idem*, p. 46 și urm.

Cât privește *unificarea dreptului comercial substanțial*, deși acesta rămâne un deziderat, având în vedere rezultatul demersurilor anterioare în această direcție, autoarea Studiului acceptă că trebuie să rămână o opțiune doar pe termen lung.

Probabil măsurile *hard* cu impactul cel mai proeminent sunt cele privind *soluționarea litigiilor în Uniunea Europeană*, atât *la nivelul statelor membre* cât și *la nivelul Uniunii Europene*.

La nivel de state membre, două reforme majore sunt recomandate:

a) introducerea unei proceduri speciale pentru cauze comerciale transfrontaliere, urmărind îmbunătățirea celerității și eficienței, justeței și previzibilității procedurilor judiciare; abordarea optimă propusă nu este concepută, însă, la nivelul statelor membre, ci presupune o procedură rapidă pentru cauze comerciale transfrontaliere, identică pentru toate statele membre, având scopul de a oferi părților o opțiune rapidă și ieftină pentru rezolvarea litigiilor;

b) organizarea, la nivelul fiecărui stat membru, a unor instanțe sau secții specializate pentru cauze comerciale transfrontaliere, care ar aplica, în limba engleză, procedura rapidă menționată mai sus.

O altă măsură cu impact major propusă de Studiu este înființarea unei Curți Comerciale Europene, ca măsură de ameliorare a soluționării litigiilor *la nivelul Uniunii Europene*. Detaliile acestei măsuri, însă, exced sferei de cuprindere a prezentei lucrări⁸.

Alegerea legii aplicabile este analizată la rândul său mai detaliat, făcându-se trei recomandări concrete cu privire la Regulamentele Roma I⁹ și Roma II¹⁰:

a) adaptarea art. 3 din Regulamentul Roma I în sensul recunoașterii posibilității de alegere a unei legislații non-statale, cum a fi Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaționale (PICC) sau Principiile dreptului european al contractelor (PECL);

b) înlăturarea oricărei restricții din art. 3 cu privire la posibilitatea părților de alegere a legii aplicabile. Conform Studiului, abordarea americană privind restricționarea alegerii legii aplicabile este de nerecomandat; autoarea sugerează chiar înlăturarea restricțiilor generate de prevederi imperative, în sensul că părțile contractelor comerciale ar trebui să aibă posibilitatea să aleagă orice lege își doresc, chiar dacă contractul nu prezintă niciun element de extraneitate sau nu prezintă legături decât cu state membre;

c) adaptarea corespunzătoare a art. 14 din Regulamentul Roma II privind alegerea legii aplicabile în materie extra-contractuală, inclusiv a cerinței „*liber negociată*”, care lipsește și din versiunea actuală a art. 3 din Regulamentul Roma I.

Nu în ultimul rând, Studiul propune trei măsuri *soft*, intenționate să îmbunătățească la nivel general soluționarea litigiilor în Uniunea Europeană, și astfel accesorii celor trei

⁸ Pentru o analiză extinsă a avantajelor și dezavantajelor unei asemenea măsuri, a se vedea S. Rammeloo, *Cross-border Commercial Litigation – Do We need a Permanent European Commercial Court?*, prezentat la secțiunea Drept internațional privat a Conferinței Internaționale Bienale a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, desfășurată la Timișoara, între 2 și 3 noiembrie 2018.

⁹ Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), publicat în JO L nr. 177 din 4 iulie 2008, p. 6-16.

¹⁰ Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale (Roma II), publicat în JO L nr. 199 din 31 iulie 2007.

măsuri *hard* descrise mai sus:

- a) o mai bună pregătire a judecătorilor și avocaților, în special în domeniile relevante pentru cauze comerciale cu elemente de extraneitate, anume drept internațional privat european și procedură civilă internațională, precum și o bună cunoaștere a limbii engleze;
- b) un acces mai bun la dreptul străin și la dreptul european, prin stabilirea unei baze de date centralizate care să cuprindă inclusiv jurisprudență a statelor membre în materia dreptului internațional privat european și a procesului civil internațional, precum și prin instituirea unei proceduri de întrebări preliminare între statele membre;
- c) „în fine”, o mai bună educație juridică.

II.3. Educația juridică în contextul Studiului

La sub-subsecțiunea numerotată cu 4.3.3.3., în cadrul măsurii generale de îmbunătățire a soluționării litigiilor în statele membre, sub titulatura de „alte acțiuni”, Studiul menționează¹¹: „În fine, legiuitorul european ar trebui, de asemenea, să adopte măsuri privind educația juridică în materiile comerciale transfrontaliere. Cu privire la modul în care stau lucrurile la acest moment, statele membre abordează predarea subiectelor relevante, anume drept internațional privat și procedură civilă internațională, dar și drept comparat, în mai multe moduri diferite. În timp ce aceste subiecte sunt obligatorii în anumite state membre, în altele nici nu fac parte din educația juridică. Pentru a se asigura că judecătorii din toate statele membre au o suficientă – minimă – înțelegere a regulilor și regulamentelor aplicabile, legiuitorul european ar trebui să ia măsuri pentru a se asigura că dreptul internațional privat european, procedura civilă europeană internațională și dreptul comparat ocupă un rol mult mai proeminent în educația viitorilor avocați și judecători. Aceste măsuri ar putea, de exemplu, include introducerea unor prevederi care să facă obligatorie pentru toți studenții din U.E. cunoașterea noțiunilor elementare ale acestor discipline”.

Pasajul redat mai sus reprezintă singura mențiune a educației juridice în cadrul Studiului, o măsură *soft* la granița acestuia, la o sub-subsecțiune în cadrul recomandărilor destinate să amelioreze soluționarea litigiilor în Uniunea Europeană, într-o modalitate care parcă izvorăște dintr-o obligație abstractă de a proceda astfel, fără a recunoaște realitatea importanței educației juridice. Cu toate acestea, marea majoritate a măsurilor *hard* propuse (dacă nu toate) depind în mod direct și necesar de îmbunătățirea educației juridice de drept internațional privat. În acest sens, chiar și reformularea art. 3 din Regulamentul Roma I (și a art. 14 din Regulamentul Roma II), deși nu este considerată, având în vedere structura Studiului, ca fiind direct influențată de îmbunătățirea educației juridice în domeniu, ar produce efectele scontate doar într-un context în care practicienii înțeleg în mod corespunzător consecințele și implicațiile acestor reformulări, rezultat ce poate fi obținut doar prin îmbunătățirea calității educației juridice.

Relevanța educației juridice în domeniul pentru măsurile procedurale *hard* este, totuși, recunoscută în cadrul Studiului, fie și indirect: „Un număr insuficient de judecători și

¹¹ G. Rühl, *Studiul...*, op. cit., p. 7. Traducerea textului oficial aparține autorului.

lipsa de judecători calificați în domeniu pot să fie la fel de importante ca lipsa resurselor, a unei infrastructuri IT sau a unor reguli procedurale eficiente. Pe acest fundal, rămâne deschisă întrebarea dacă o procedură rapidă la nivel european, chiar dacă introducerea sa pare plauzibilă, ar înlătura sursa reală a procedurilor îndelungate. Este foarte probabil că procedurile ineficiente constituie doar unul din factorii care împiedică celeritatea soluționării litigiilor”. „(...) chiar și cea mai eficientă procedură poate fi inutilă dacă instanța și judecătorii nu dețin competențele, expertiza și experiența necesare pentru a soluționa cauze comerciale cu elemente de extraneitate (...). În plus, nici cea mai eficientă procedură nu este utilă dacă nu este aplicată frecvent în practică”¹². Deși nu se prevede expres, aceste aspecte sunt fără îndoială relevante și pentru discuția privind utilitatea înființării unei Curți Comerciale Europene.

Nu în ultimul rând, îmbunătățirea educației juridice reprezintă fundația și pentru celelalte măsuri *soft* indicate în Studiu, deși este amintită ultima. O pregătire adecvată a judecătorilor, avocaților și a celorlalți practicieni în domeniu este greu de realizat pe parcursul carierei, în lipsa unei baze care nu poate fi construită în mod corespunzător decât în cadrul studiilor universitare. Mai mult, crearea unei baze de date conținând jurisprudență în materie transfrontalieră necesită o substanțială cunoaștere a fondului științei juridice implicate la toate nivelele, și pentru motive similare cu cele de mai sus, ar fi eficientă doar dacă judecătorii, avocații și alți practicieni sunt suficient de bine pregătiți în dreptul internațional privat pentru a putea folosi în mod corect informațiile pe care respectiva bază de date le pune la dispoziție.

Prin urmare, între mențiunea marginală a educației juridice în cadrul Studiului și importanța sa reală, chiar și pentru celelalte măsuri propuse, există o disproporție evidentă.

III. Educația juridică la nivelul Uniunii Europene

Conform art. 165 alin. 1 TFUE (fost art. 149 TCE, introdus ca principiu pentru prima dată prin Tratatul privind Uniunea Europeană, de la Maastricht, 1992), „Uniunea contribuie la dezvoltarea unei educații de calitate, prin încurajarea cooperării dintre statele membre și, în cazul în care este necesar, prin sprijinirea și completarea acțiunii acestora, respectând pe deplin responsabilitatea statelor membre față de conținutul învățământului și de organizarea sistemului educațional, precum și diversitatea lor culturală și lingvistică”. De abia după Întâlnirea Consiliului European de la Lisabona din 2000¹³ educația a fost menționată drept un punct cheie de politică, fapt ce a deschis drumul unui grad de intervenție din partea U.E. în educația națională a statelor membre de o intensitate nemaîntâlnită¹⁴.

Principiile subsidiarității și proporționalității¹⁵ rămân de o importanță deosebită în

¹² *Idem*, p. 7, p. 9. Traducerea textului oficial aparține autorului.

¹³ *Presidency Conclusions*, accesibile pe pagina http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm.

¹⁴ N. Alexiadou, *The Europeanisation of Education Policy: researching changing governance and 'new modes of coordination*, în *Research in Comparative and International Education*, Vol. 2, Nr. 2/2007, p. 102.

¹⁵ R. Bercea, *Drept comunitar. Principii*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 327-348.

păstrarea de către statele membre a dreptului de a-și organiza propriile sisteme educaționale¹⁶. Așa cum indică art. 165 alin. 1 TFUE, Uniunea Europeană poate doar să încurajeze cooperarea dintre statele membre; referirea directă la diversitatea culturală și măsurile concrete stipulate la art. 165 alin. 2 TFUE¹⁷ vin să completeze restricția expresă de la alin. 4: „Pentru a contribui la realizarea obiectivelor menționate de prezentul articol:

- Parlamentul European și Consiliul adoptă acțiuni de încurajare, cu excepția oricărei armonizări a actelor cu putere de lege și a normelor administrative ale statelor membre, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară și după consultarea Comitetului Economic și Social și a Comitetului Regiunilor;

- Consiliul adoptă recomandări, la propunerea Comisiei”.

În ciuda acestei restricții care vizează măsuri *hard*, Uniunea a fost activă cu succes în promovarea educației în Europa, mai ales a educației universitare. În 1999, Procesul Bologna a început să avanseze ideea unei abordări regionale asupra reformelor învățământului universitar și să îndeplinească cerințele „economiei cunoașterii”, urmare a raportului Comisiei din 1997 intitulat „Towards a Europe of Knowledge”¹⁸. Procesul Bologna este o cooperare interguvernamentală între 48 de țări europene în domeniul învățământului superior. Este rezultatul unui efort colectiv al autorităților publice, universităților, cadrelor didactice și studenților, precum și al angajatorilor, organismelor de asigurare a calității, organizațiilor internaționale și instituțiilor, printre care și Comisia Europeană¹⁹.

Ca rezultat al procesului Bologna, a fost înființată *European Higher Education Area* (EHEA), o colaborare internațională unică la nivel de educație universitară, având drept obiectiv implementarea unui set comun de angajamente, reforme structurale și instrumente comune. Scopul este ca țările, instituțiile și deținătorii de interese în zona Europeană să își adapteze în mod continuu propriile sisteme de educație universitară, adaptându-le și întărindu-le mecanismele de asigurare a calității, și astfel îmbunătățind mobilitatea studenților și a profesorilor, facilitând angajabilitatea²⁰, prin stabilirea, printre altele, a sistemului european de credite transferabile (ECTS) și recunoașterea reciprocă a diplomelor.

Programele Erasmus și Erasmus+²¹ au debutat ca precursoare pentru procesul Bologna,

¹⁶ N. Alexiadou, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷ „– să dezvolte dimensiunea europeană a educației și, în special, prin învățarea și răspândirea limbilor statelor membre; – să favorizeze mobilitatea studenților și a profesorilor, inclusiv prin încurajarea recunoașterii universitare a diplomelor și a perioadelor de studiu; – să promoveze cooperarea dintre instituțiile de învățământ; – să dezvolte schimbul de informații și de experiență privind problemele comune sistemelor educaționale din statele membre; – să favorizeze dezvoltarea schimburilor de tineri și de formatori socio-educativi și să sprijine participarea tinerilor la viața democratică a Europei; – să încurajeze dezvoltarea educației la distanță, – să dezvolte dimensiunea europeană a sportului, prin promovarea spiritului de echitate și de deschidere în competițiile sportive și a cooperării între organizațiile cu responsabilități în domeniul sportului, precum și prin protejarea integrității fizice și morale a sportivilor, îndeosebi a celor mai tineri dintre aceștia”.

¹⁸ B. Barrett, *Globalization and Change in Higher Education: The Political Economy of Policy Reform in Europe*, Editura Palgrave Macmillan (Springer), Editura Cham, Elveția, 2017, p. 2.

¹⁹ Accesibil pe pagina de internet https://ec.europa.eu/education/policies/higher-education/bologna-process-and-european-higher-education-area_ro.

²⁰ <http://www.ehea.info/>.

²¹ https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/about_ro.

însă succesul acestora a stimulat noi inițiative din partea U.E. în domeniul educației universitare, una dintre inițiativele mai recente fiind EU Youth Strategy²².

Singura recomandare concretă din cadrul Studiului vizând educația juridică presupune luarea de măsuri pentru a se asigura că dreptul internațional privat european, procedura civilă internațională europeană precum și dreptul comparat ocupă un rol mult mai prominent în educarea viitorilor avocați și judecători. Aceste măsuri ar putea, de exemplu, include introducerea unor prevederi care să facă obligatorie pentru toți studenții din U.E. cunoașterea noțiunilor elementare ale acestor discipline. Nu este clar ce ar însemna „prevederile” avute în vedere de Studiu; deși terminologic ar putea sugera o intervenție normativă, noțiunea trebuie analizată în contextul excluderilor exprese a măsurilor de armonizare, deci ar putea privi cel mult măsuri din categoria *soft*.

Rămâne, însă, nelămurită următoarea întrebare: poate sau ar trebui Uniunea Europeană să facă mai mult pentru a promova educația juridică de drept internațional privat? În ceea ce ne privește, răspunsul este afirmativ. Prin recomandări și alte instrumente de legislație secundară, Uniunea are posibilitatea să promoveze aspectele transfrontaliere ale dreptului comercial. Introducerea dreptului internațional privat ca disciplină obligatorie poate fi un început, însă, față de experiența din România, putem afirma fără rezerve că insuficient. O atenție sporită asupra aspectelor transfrontaliere ar trebui să privească toate pregătirile profesionale ulterioare, iar alocarea de fonduri pentru cercetare și inovare în domeniul juridic al trebui să vizeze tot mai mult aceste aspecte în vederea atingerii scopului urmărit de Studiu.

IV. Educația juridică și dreptul internațional privat în România

În prima decadă de după 1989, sistemul de învățământ superior a fost supus mai multor transformări: numărul de universități (atât publice cât și private) a crescut în mod semnificativ, au apărut programe noi, iar discipline marginalizate în vechiul regim, cum ar fi științele economice și juridice, au fost revigorate, numărul de studenți crescând exponențial²³. Începând cu a doua jumătate a anilor 2000, populația implicată în educația universitară este în continuă descreștere, generată de datele demografice și de emigrație. România continuă să aibă unul dintre cele mai mici numere de absolvenți de studii superioare din Uniunea Europeană, conform Eurostat 2015, în timp ce piața este suprasaturată de profesioniști deținători de diplome din „epoca de aur” a „industriei” academice²⁴.

Sistemul juridic din România este relativ autonom, cu consecințe și asupra educației de drept internațional privat. Prin urmare, sistemul de educației juridică este concentrat pe dezvoltarea cunoștințelor de drept național, ceea ce afectează în mod negativ și

²² https://ec.europa.eu/youth/policy/youth-strategy_en.

²³ A. Curaj, L. Deca, E. Polak, J. Salmi, *Higher Education Reforms in Romania. Between the Bologna Process and National Challenges*, Springer, Cham, 2015, pp. 2-3.

²⁴ A. Mercescu, *Law Schools between Autonomy and Democracy. The Case of Romanian Legal Academia*, The 9th CEE Forum (în curs de publicare).

cercetarea internațională²⁵. Accesul la profesiile juridice devine posibil în urma unor examene de admitere dificile²⁶, condiționate de o bună cunoaștere a legislației naționale, alături de câteva cerințe elementare de dreptul Uniunii Europene sau privind Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Pregătirile profesionale inițiale ale avocaților sau magistraților nu oferă un accent special pe dreptul internațional privat, programele INPPA²⁷ și ale INM²⁸ oferind o dimensiune internațională foarte redusă, constând în cunoașterea de bază a dreptului european instituțional și a aspectelor privind C.E.D.O.

Dreptul internațional privat are caracter obligatoriu în cadrul planurilor de învățământ ale celor mai importante facultăți de drept din România²⁹. Având în vedere faptul că necesită o serie de cunoștințe trans-disciplinare³⁰, în mod obișnuit este programat în ultimul semestru al studiilor de licență. Dezavantajul acestei planificări o reprezintă proximitatea cu examenele de licență și de admitere în profesiile juridice, care nu necesită cunoștințe de drept internațional, cu atât mai puțin de drept internațional privat.

După aderarea României la Uniunea Europeană, intensificarea reformei sistemului judiciar și a luptei împotriva corupției, profesiile juridice au dobândit o importanță sporită³¹. Ca o consecință, acestea și-au înăspriț standardele de admitere, fapt ce a avut un efect pragmatizant asupra instituțiilor de învățământ superior juridic, al căror obiectiv principal îl constituie, în prezent, să ofere cât mai mulți absolvenți la examenele naționale de admitere în profesie³², aspect ce a contribuit și mai mult la marginalizarea dreptului internațional privat.

Acest concurs de circumstanțe este, în opinia noastră, responsabil pentru o sub-performanță a sistemului român de educație juridică în domeniul dreptului internațional privat, care la rândul său afectează negativ toate aspectele disciplinei: practică, jurisprudență și cercetare. Pregătirea de bază neadecvată în drept internațional privat reprezintă motivul principal pentru care părțile și practicienii nu cunosc aspectele sale elementare, fapt ce face ca problemele privind competența internațională și legea aplicabilă să fie rar invocate în fața

²⁵ O dimensiune internațională puțin dezvoltată este comună facultăților de drept din România, și se reflectă prin H-indexuri relativ scăzute și un număr comparativ mic de contribuții ale autorilor din România la publicațiile indexate în Web of Science, Scopus sau ERIH în domeniul juridic.

²⁶ L. Bojin, *The Stakeholders in the Romanian Legal Education and their Influence over the Curricula and Teaching Methods*, în *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, Nr. 8/2017 – *Legal Education in Europe. Challenges and Prospects*, p. 1613.

²⁷ <http://www.inppcentral.ro/programele-de-studiu/>. Singura mențiune a dreptului internațional privat este ca una dintre cele 21 de direcții de pregătire profesională continuă a avocaților.

²⁸ <http://www.inm-lex.ro/displaypage.php?p=45&d=2457>. Nicio mențiune a dreptului internațional privat.

²⁹ F. A. Baias, D.C. Dănișor, P. Vasilescu, *Standardele de conținut și programul cadru pentru domeniul „Drept”*, în *Analele Universității Titu Maiorescu - Seria Drept* nr. 4/2007, p. 146.

³⁰ Pentru a înțelege aspectele transfrontaliere ale dreptului civil, comercial, familiei, succesoral etc. sunt, desigur, necesare cunoștințe de bază pentru fiecare dintre respectivele discipline în parte. Această realitate afectează și cercetarea în domeniu: există un număr foarte restrâns de cercetători în România care se preocupă în principal cu dreptul internațional privat, majoritatea concentrându-se mai întâi pe alte discipline cum sunt procedură civilă, dreptul familiei, drept succesoral etc., și doar ulterior pe elementele de extraneitate aferente acestor discipline.

³¹ Cu privire la așa-zisa „inflație” de absolvenți de studii superioare, a se vedea M. Maci, *Anatomia unei imposturi. O școală incapabilă să învețe*, Ed. Trei, București, 2016, p. 58, p. 137.

³² A. Mercescu, *op. cit.*, note 32.

instanțelor din România. Dacă problema competenței este ridicată și instanța română se declară, totuși, competentă, judecarea procesului după o lege străină are caracter cu totul excepțional. Datorită acestor aspecte, jurisprudența română de drept internațional privat este destul de săracă, și de o calitate relativ scăzută.

V. Posibile măsuri pentru îmbunătățirea cunoștințelor de drept internațional privat

Am arătat mai sus că îmbunătățirea educației juridice de drept internațional privat stă la baza tuturor măsurilor propuse în Studiul efectuat la inițiativa Parlamentului European, precum și faptul că lipsa de preocupare pentru învățământul de drept internațional privat este motivul principal pentru performanțe comparativ sub-standard ale practicienilor și cercetătorilor români în probleme cu elemente de extraneitate.

Este greu de presupus că măsurile *hard* propuse de Studiu ar fi susceptibile să îmbunătățească competența privind aspectele transfrontaliere ale dreptului comercial în România, nu datorită lipsurilor intrinseci ale acestora³³ cât datorită faptului că aplicarea lor adecvată ar necesita un nivel de expertiză în dreptul internațional privat care la acest moment, în opinia noastră, lipsește.

Specializarea în cadrul sistemului judiciar din România rămâne una elementară. Mai mult, tendința unificării dreptului privat, de după adoptarea noilor coduri³⁴, poate constitui o barieră în plus împotriva specializării propuse de Studiu, motiv pentru care înființarea de instanțe sau secții specializate în cauze comerciale cu elemente transfrontaliere este un rezultat aproape imposibil de realizat în mod corespunzător. O procedură uniformă pentru astfel de litigii ar fi la rândul său de puțin ajutor, având în vedere rata de aplicabilitate și succesul relativ scăzut în România a prezentelor proceduri uniforme, cum ar fi cea privind somația europeană de plată. La rândul său, înființarea unei Curți Comerciale Europene ar contribui cu puțin la îmbunătățirea calității actului juridic în materii comerciale cu elemente de extraneitate.

Caracterul obligatoriu al dreptului internațional privat ca disciplină apare ca fiind insuficient fără o altă susținere. Fără a avea pretenția de a propune o reformă substanțială a sistemului educațional din România, câteva măsuri concrete ar avea potențialul de a îmbunătăți competențele de drept internațional privat la un nivel cel puțin comparabil cu cele de drept național. Poate cea mai la îndemână dintre acestea ar fi introducerea cunoștințelor elementare de drept internațional privat ca o cerință pentru examenele de admitere în profesiile juridice, fapt ce ar „constrânge” facultățile de drept să ofere o atenție sporită disciplinei. Mai departe, pregătirile inițiale ale magistraților, notarilor și avocaților ar trebui să conțină aspecte mai aprofundate de drept internațional privat. Impactul pe termen scurt al acestor măsuri ar putea fi o îmbunătățire a cantității, dar și a

³³ S. Rammello, *lucr. cit.*, prezentată la secțiunea Drept internațional privat a Conferinței Internaționale Bienale a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, desfășurată la Timișoara, între 2 și 3 noiembrie 2018.

³⁴ M. Nicolae, *Unificarea dreptului obligațiilor civile și comerciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015.

calității jurisprudenței de drept internațional privat, fapt ce ar contribui la îmbunătățirea calității cercetării în domeniu, urmând ca toate acestea, la rândul lor, să constituie o bază pentru îmbunătățirea calității învățământului de drept internațional privat.

În concluzie, clădirea de competențe în dreptul internațional privat comercial ar trebui să pornească mai întâi de la educația juridică. Având în vedere caracterul relativ auto-suficient al sistemului juridic din România, este puțin probabil ca o inițiativă națională să fie demarată cu acest scop, motiv pentru care orice promovare din partea Uniunii Europene ar fi importantă pentru a atrage atenția asupra importanței domeniului. Deși intervenția Uniunii în planurile naționale de învățământ sau în programa examenelor de admitere în profesiile juridice, o măsură mai degrabă *hard* decât *soft*, este greu de imaginat în viitorul apropiat, inițiativele europene în materia studiilor superioare s-au dovedit de un important succes, iar concentrarea acestora pe aspectele transfrontaliere ale dreptului (comercial) ar putea declanșa măsuri naționale care să aibă ca efect îmbunătățirea dreptului internațional privat, ceea ce la rândul său ar constitui piatra de fundație pentru clădirea de competențe în dreptul comercial, așa cum este abordată în Studiu.

VI. Concluzii

Clădirea de competență în dreptul internațional privat în statele membre, din perspectiva Parlamentului European, este aproape sinonimă cu clădirea de competență în dreptul internațional privat în materie comercială. În Studiul inițiat cu acest scop, o serie de măsuri au fost propuse, măsuri care, deși greu de criticat în esență, ar putea ridica dificultăți logistice importante de implementare.

Îmbunătățirea educației juridice este amintită ca o măsură *soft* marginală, într-un sub-subcapitol al recomandărilor intenționate să amelioreze soluționarea disputelor în U.E. Din punctul nostru de vedere, însă, aceasta este cea mai importantă măsură, fără de care toate celelalte ar fi lipsite de o fundație adecvată, și drept urmare ar fi, foarte probabil, lipsite de efectul scontat.

Caracterul obligatoriu al dreptului internațional privat în cadrul studiilor superioare, singura măsură concretă propusă în Studiu, și-a dovedit și își dovedește limitele în contextul din România. Pe termen scurt, măsuri concrete cum ar fi introducerea elementelor de drept internațional privat ca obligatorii în cadrul examenelor de admitere în profesiile juridice, împreună cu includerea în programele de pregătire profesională ale notarilor, avocaților și magistraților a problemelor transfrontaliere de drept privat ar putea contribui la acest deziderat: clădirea de competență în dreptul comercial în România, așa cum este ea privită în Studiul efectuat la inițiativa Parlamentului European. Având în vedere autonomia relativă a sistemului judiciar din România, orice inițiativă din partea Uniunii Europene, chiar fără efect direct asupra legislației (cum ar fi, de exemplu, alocarea de mai multe fonduri pentru cercetarea juridică transfrontalieră sau promovarea aspectelor de drept internațional privat), ar putea fi de o importanță deosebită.

Aspecte de ordin juridic privind obligațiile medicului în relația cu pacientul

Legal aspects regarding the medical doctor's obligations in relation to the patient

Drd. **Alina Doina TĂNASE***

Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The obligations of the doctor are multiple and diverse and currently have their own regulations in the Romanian legal system.

They represent the most important part within the medical procedure, whose existence and analysis offer us arguments to support the hypothesis that the obligations of the doctor have a particular individuality. This individuality can be noticed only by thorough analysis of the various particularities that these obligations have, according to the regulations in force.

From the beginning, one has to mention that most of the obligations of the doctor towards the patient are stipulated expressly, clearly and imperatively by the law. Nevertheless, one must not deny the fact that there are some obligations which, even though being without legal grounds, have been recognised by the doctrine and the case law, undergoing the pressure of and facing the needs that are required by the medical procedure.

Thus, within the present scientific article, we have not just analysed the obligations stipulated by the law which pertain to the doctor (the obligation to provide services; the non-discrimination obligation between patients; security obligation; confidentiality obligation etc.), but also a number of obligations which do not have a regulation on their own in the Romanian legal system, but are stipulated by the European legislation.

Keywords: *doctor; patient; medical obligation; informed consent; security obligation; obligation to provide services*

Rezumat

Obligațiile medicului sunt numeroase și diverse, deținând în prezent o reglementare proprie în sistemul juridic românesc.

În cadrul actului medical, acestea alcătuiesc partea cea mai importantă, a căror

* tanasealinadoina@gmail.com.

existență și analiză poate să ne ofere argumente pentru a susține ipoteza potrivit căreia, obligațiile medicului au o individualitate particulară. Individualitatea de care vorbim poate fi sesizată doar în urma unei analize temeinice a multitudinii particularităților pe care le dețin aceste obligații, în conformitate cu reglementările în vigoare.

Din capul locului, trebuie menționat faptul că majoritatea obligațiilor medicului față de pacient sunt prevăzute în mod expres, explicit și imperativ de lege. Totuși, nu trebuie să negăm că există și unele obligații care, deși nu au ca temei juridic un text expres de lege, au fost recunoscute de doctrină și jurisprudență sub presiunea și în fața trebuințelor impuse de actul medical.

Așadar, în cuprinsul acestui articol științific discuția noastră nu s-a limitat doar la analizarea obligațiilor prevăzute de lege ce incumbă medicului (obligația de a acorda asistență medicală pacientului; obligația de nediscriminare între pacienți; obligația de securitate; obligația de confidențialitate s.a.), ci și la o serie de obligații care în sistemul juridic românesc nu își găsesc o reglementare proprie, însă sunt prevăzute în legislația europeană.

Cuvinte-cheie: medic; pacient; obligație medicală; consimțământ informat; obligația de securitate; obligația de a acorda asistență medicală

1. Preliminarii

Obligațiile ce incumbă medicului în relația sa cu pacientul s-au cristalizat cu mult timp în urmă, însă odată cu apariția Legii nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, dar și a Legii nr. 46/2003 privind drepturile pacientului, acestea au fost analizate amănunțit în cadrul literaturii juridice de specialitate din țara noastră.

În prezent, obligațiile din domeniul dreptului medical au devenit numeroase și complexe, având fiecare dintre ele un conținut specific ce le definește și le individualizează. De regulă, culpa medicală intervine de cele mai multe ori atunci când s-a produs ignorarea de către medic a obligațiilor ce îi revin față de pacientul său.

Potrivit art. 1164 C. civ. „obligația este o legătură de drept în virtutea căreia debitorul este ținut să procure o prestație creditorului, iar acesta are dreptul să obțină prestația datorată”.

Astfel, obligația civilă medicală reprezintă îndatorirea subiectului pasiv al raportului juridic (medicul) de a avea o anumită conduită corespunzătoare față de subiectul activ (pacientul).

Într-o viziune structural sistematică, conceptul-cheie prin care se realizează mijlocul tehnic de a converti starea de fapt în stare de drept este dihotomia drept-obligație.

A privi din această perspectivă obligația civilă înseamnă a păstra ecuația dintre dreptul subiectiv și obligația ce caracterizează raportul juridic civil. În consecință, obligația apare astfel ca o contrapunere necesară și firească a dreptului subiectiv.

Dreptul subiectiv și obligația corelativă acestuia reprezintă două fațete ale aceleiași realități juridice, condiționându-se reciproc.

Trebuie menționat un aspect esențial, credem noi, și anume faptul că societatea

contemporană a contribuit semnificativ la extinderea și diversificarea obligațiilor impuse medicului în relația cu pacientul. Structurile tradiționale ale raportului juridic medical, au dobândit tot mai mult elemente specifice, dând naștere unor drepturi noi, necunoscute anterior, toate acestea fiind de natură să conducă la personalizarea relației medic-pacient și la crearea unor noi raporturi juridice.

Respectarea obligațiilor ce incumbă medicului în relația sa cu pacientul constituie un pas important în realizarea reformei în domeniul sănătății. Mai mult decât atât, problematica drepturilor subiective ale pacientului a fost substanțial redimensionată în ultimele decenii în societatea românească, ocrotirea acestora devenind o preocupare constantă a legiuitorului român.

Pentru a putea cuprinde întreaga lor diversitate pe care o prezintă, în cuprinsul acestui articol științific vom încerca să analizăm din punct de vedere juridic fiecare obligație medicală în parte, evidențiind principalele trăsături definitorii ale acestora în contextul juridic actual.

2. Unele considerații privind obligațiile medicului față de pacient în contextul juridic actual

2.1. *Obligația de informare*

Una dintre obligațiile cele mai importante care planează în sarcina medicului este aceea de informare a pacientului. Informarea pacientului se concretizează întotdeauna sub forma unui drept subiectiv direct legat de acesta, care își are fundamentul în respectul datorat ființei umane.

Obligația de informare ce îi incumbă medicului este de natură profesională și are în vedere transparența deciziei medicale, nevoia de loialitate și bună credință a părților pentru realizarea obiectivului propus, și anume vindecarea pacientului¹.

Informarea nu trebuie privită ca o finalitate în sine, aceasta fiind modalitatea prin care pacientul poate avea un orizont mai larg asupra bolii de care suferă, asupra tratamentului care se impune a fi urmat, dar și asupra riscurilor medicale care pot să survină. Pentru aceasta, este necesar ca profesioniștii din domeniul medical și juridic să stăpânească semnificațiile etico-juridice cu privire la dreptul pacientului la informare, conținutul și cerințele în care trebuie îndeplinită această obligație de către întreg personalul medical².

Cu privire la riscurile medicale pe care le presupune actul medical, s-a apreciat că informarea pacientului trebuie să cuprindă date doar cu privire la riscurile previzibile, nu și cu privire la riscurile absolut excepționale³.

În prezent, se apreciază că toate inconvenientele și riscurile trebuie relevate pacientului înaintea oricărei intervenții medicale. Dacă până la pronunțarea hotărârii din 7 octombrie 1998, Curtea de Casație Franceză făcea o distincție cantitativă, prin care

¹ L.R. Boilă, *Răspunderea civilă delictuală subiectivă*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 385.

² A se vedea Gh. Brătescu, *Etica medicală*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 161.

³ A se vedea G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2006, p. 50.

distingea realizarea riscului în funcție de frecvența statistică (după cum aceste era excepțional sau nu), după această hotărâre, Curtea nu se mai referă la un criteriu cantitativ tradițional, ci la un criteriu calitativ: acela al gravității intrinseci a riscului. În consecință, are mai puțină importanță faptul că riscul este excepțional, medicul având obligația de a-l aduce la cunoștința pacientului, dacă prezintă o anumită gravitate.

Fiind una dintre principalele obligații în cadrul actului medical, legiuitorul român a recunoscut în cuprinsul art. 4 din Legea nr. 46/2003 dreptul pacientului de a fi informat cu privire la serviciile medicale disponibile, precum și cu privire la modul de a le utiliza.

Scopul acestei reglementări este acela de a permite pacientului să dispună de toate datele necesare pentru a putea să își exprime consimțământul în mod liber cu privire la actele medicale și tratamentele prescrise de medic⁴.

Îndeplinirea de către medic a obligației de informare devine astfel o etapă premergătoare și obligatorie în vederea exprimării consimțământului pacientului la actul medical.

Obligația de informare își găsește reglementarea de asemenea, și în cuprinsul textelor normative de la nivel european, nu doar în legislația națională. Această obligație își are rădăcinile în Codul European al Sănătății, care recunoaște dreptul pacientului de a beneficia de o informare individuală, dar și colectivă. Informarea individuală a pacientului vizează o serie de aspecte ce țin de starea de sănătate a acestuia, pe când informarea colectivă se referă la aspecte generale legate de asistența medicală⁵.

Prin exigențele pe care le implică, informarea și consilierea pacientului au fost recunoscute în mod oficial prin semnarea Cartei Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene, adoptată la data de 7 decembrie 2007. Comisia Europeană și-a exprimat încrederea și atașamentul față de prevederile acestei Carte, însă cu toate acestea, au existat voci care au contestat forța juridică a acesteia. De pildă, Tribunalul de primă instanță a Comunităților Europene și Curtea Europeană a Drepturilor Omului au acceptat și au utilizat în repetate rânduri prevederile Cartei Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene drept reper pentru identificarea principiilor generale izvorâte din dreptul comunitar și din drepturile fundamentale. Pe de altă parte însă, atât Tribunalul de primă instanță, cât și Curtea de Justiție a Comunităților Europene împreună cu Consiliul de Stat din Franța au apreciat că în ceea ce privește Carta, valoarea ei juridică se apropie de cea a unei declarații, fără pretenția de a permite invocarea dispozițiilor ei în fața jurisdicțiilor naționale.

Obligația de informare prin finalitatea sa precisă are natura juridică a unei obligații de rezultat, iar încălcarea acesteia duce la angajarea răspunderii civile subiective a medicului.

În încercarea de a distinge criteriile pe baza cărora se stabilește dacă o anumită obligație medicală este de rezultat sau de mijloace, mai întâi s-a avut în vedere criteriul riscului în activitatea medicală. S-a argumentat că specificul obligațiilor de rezultat constă în absența riscului în activitatea medicală⁶.

⁴ A se vedea A. Castelletta, *Responsabilité médicale. Droit de malades*, 3^e édition, Dalloz, 2004, p. 16.

⁵ Fl. I. Mangu, *Malpraxisul medical. Răspunderea civilă medicală*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 169.

⁶ A se vedea H. et Leon Mézaud, J. Mezaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, Tome 2, 12^e édition, Montchrestien, 2000, p. 481.

Obligația de informare ce îi incumbă chirurgului estetician în relația sa cu pacientul a fost interpretată mai strict, în sensul agravării ei în practica judiciară. Astfel, chirurgul estetician are obligația de a refuza efectuarea unei operații atunci când există o disproporție semnificativă între apariția riscurilor și atingerea rezultatelor dorite⁷. Fiind supus unei intervenții estetice care exclude orice obiect terapeutic, pacientul trebuie informat în mod precis, clar și exhaustiv cu privire la intervenția medicală.

Calificarea obligației de informare ca fiind una de rezultat produce consecințe juridice în ceea ce privește sarcina probei. Fiind în prezența unei obligații de rezultat, sarcina probei, a împrejurării că pacientul a fost complet și corect informat revine medicului.

Este important de menționat faptul că, legiuitorul român a recunoscut în cuprinsul Legii nr. 46/2003 dreptul pacientului de a refuza să mai fie informat. Dreptul pacientului de a refuza să mai fie informat de către medicul său curant cu privire la starea sa de sănătate se află în strânsă legătură cu respectarea dreptului la viață privată, fiind intim legat de libertatea de conștiință a fiecărui individ.

Potrivit art. 9 din cuprinsul Legii nr. 46/2003, „pacientul are dreptul de a cere în mod expres să nu fie informat și de a alege o altă persoană care să fie informată în locul său”. Textul de lege anterior menționat se coroborează perfect cu dispozițiile art. 60 din Codul civil, prin care se recunoaște dreptul persoanei de a dispune de sine însăși, dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora, ordinea publică și bunele moravuri.

În literatura juridică franceză se admite posibilitatea „limitării terapeutice a obligației de informare” atunci când există motive temeinice care justifică temerea că informațiile furnizate pacientului i-ar putea produce acestuia o puternică agravare a stării sale de sănătate, situație în care informația nu va fi comunicată acestuia⁸.

Medicul este îndreptățit să limiteze informațiile furnizate pacientului privitoare la un diagnostic grav, din rațiuni legate de protejarea intereselor acestuia, aprecierea interesului fiind atributul medicului, care va ține seama de personalitatea pacientului, natura patologiei bolii și evoluția previzibilă a acesteia⁹.

2.2. Obligația de a acorda îngrijiri și asistență medicală pacientului

Obligația personalului medical de a acorda îngrijiri și asistență medicală pacientului este reglementată în cuprinsul art. 663 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății. Potrivit acestui text de lege, „medicul, medicul dentist, asistentul medical/moașa au obligația de a acorda asistență medicală/îngrijiri de sănătate unei persoane doar dacă au acceptat-o în prealabil ca pacient, criteriile de acceptare urmând a fi stabilite prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi”.

În consecință, nașterea obligației de îngrijire în sarcina personalului medical se leagă în mod direct de acceptarea prealabilă ca pacient a persoanei care are nevoie și solicită servicii medicale. Astfel că, între dreptul pacientului la acordarea îngrijirilor medicale și

⁷ CA Paris, 16 iunie 1995, nepublicată.

⁸ A se vedea M. Bacache-Gibeili, *L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques*, *Medicine et Droit*, 2005, p. 3.

⁹ Cass 1 Civ., 23 mai 2000 în *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles* nr. 159, p. 103.

obligația medicului de a acorda aceste îngrijiri există o relație de la cauză la efect¹⁰.

În temeiul obligației de îngrijire ce îi incumbă medicului, acesta are îndatorirea de a trata pacientul cu atenția și prudența conferite de pregătirea sa profesională și de nivelul obiectiv al cunoștințelor în domeniu la acea dată¹¹. Prin urmare, obligația de îngrijire este limitată atât de nivelul personal al cunoștințelor de specialitate, cât și de nivelul obiectiv al științei la acea dată, aceste două limitări făcând ca rezultatul actului medical să nu poată fi garantat.

Obligația medicului de a acorda pacientului îngrijiri medicale potrivit cu datele științifice în vigoare presupune îndeplinirea unei obligații de formare continuă, de documentare și participare la cursurile de pregătire profesională¹².

În analiza îngrijirilor medicale acordate, referințele se raportează întotdeauna la perioada în care pacientului i s-au acordat îngrijiri medicale, astfel încât într-o eventuală acțiune de răspundere civilă subiectivă a medicului pentru culpa în activitatea medicală, judecătorul va avea în vedere doar normele legale aplicabile la acea dată, nu și cele existente la momentul soluționării cauzei.

Întrebarea la care vom încerca în continuare să aflăm un răspuns este următoarea: Ce se întâmplă în situația în care medicul refuză să îi acorde pacientului îngrijirile medicale de care are nevoie?

Având în vedere că unul dintre principalele drepturi de care pacientul beneficiază este acela referitor la ocrotirea sănătății, considerăm că oportunitatea intervenției medicale nu se află sub imperiul arbitrariului, a bunului plac al medicului, o astfel de viziune fiind incompatibilă cu statutul profesional al medicului, cu normele de etică și cu conștiința profesională.

Există însă o situație care derogă de la regula potrivit căreia personalul medical are obligația de a acorda asistență medicală unei persoane doar dacă a acceptat-o în prealabil ca pacient, aceasta fiind stipulată în cuprinsul art. 663 alin. (3) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății. Potrivit art. 663 alin. (3) din Legea nr. 95/2006, „medicul, medicul dentist, asistentul medical/moașa au obligația de a accepta pacientul în situații de urgență, când lipsa asistenței medicale poate pune în pericol, în mod grav și ireversibil, sănătatea sau viața pacientului”. Și în acest caz este vorba tot de o obligație legală, însă față de situația anterioară, în care obligația de a acorda asistență medicală sau îngrijiri de sănătate are loc prin acceptarea pacientului de către medic fără să existe o situație specială, în cazul de excepție pe care îl analizăm, dreptul pacientului de a fi acceptat vizează starea lui de sănătate.

Această situație de excepție vizează o împrejurare obiectivă, ce nu depinde de voința medicului, ci are în vedere acele situații de urgență în care starea de sănătate a pacientului se poate agrava dacă asistența medicală nu se acordă de îndată.

De asemenea, în cuprinsul art. 663 alin. (2) din Legea nr. 95/2006 este prevăzută

¹⁰ Fl. I. Mangu, *Răspunderea civilă a personalului medical și a furnizorului de produse și servicii medicale, sanitare și farmaceutice*, Teză de doctorat, Timișoara, 2010, p. 143.

¹¹ A se vedea I. Popa, *Răspunderea civilă medicală*, în *Dreptul nr. 1/2003*, p. 46.

¹² A se vedea D. Lecourt, *La santé face au principe de précaution*, PUF, Paris, 2010, p. 89.

interdicția personalului medical de a refuza acordarea asistenței medicale pacientului pe criterii etnice, religioase și orientare sexuală sau pe alte criterii de discriminare interzise de lege.

Articolul 664 din Legea nr. 95/2006 enumeră două situații de excepție în care relația dintre pacient și medic poate fi întreruptă, la inițiativa acestuia din urmă. O primă situație vizează ipoteza în care pacientul este trimis altui medic, furnizând toate datele medicale obținute, care justifică asistența altui medic cu competențe sporite¹³.

În realitate, în acest caz nu suntem în fața unui refuz de netăgăduit în adevăratul sens al cuvântului, ci raportat la starea de fapt medicul apreciază că se impune a fi aplicată pacientului o altă terapie, pe care el nu are competența și nici posibilitatea de a o îndeplini.

Cea de-a doua situație de excepție este prevăzută în cuprinsul art. 664 alin. (1) lit. c) pct. 2, relația dintre medic și pacient întrerupându-se din cauza atitudinii ostile sau ireverențioase a acestuia din urmă față de medic.

Dat fiind caracterul *intuitu personae* al relației medic-pacient, se pune problema dacă pacientul poate sau nu să fie tratat în continuare de medicul curant, sau dacă medicul curant mai dorește în mod sincer să aplice remediile terapeutice pacientului său care a manifestat o atitudine ostilă ori ireverențioasă la adresa sa.

2.3. Obligația de nediscriminare între pacienți

Obligația de nediscriminare între pacienți are un profil distinct față de restul obligațiilor care îi incumbă medicului. Această afirmație se întemeiază pe dispozițiile art. 380 alin. (3) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății. Potrivit prevederilor legale anterior evocate, „deciziile și hotărârile cu caracter medical vor fi luate avându-se în vedere interesul și drepturile pacientului, principiile medicale general acceptate, *nediscriminarea între pacienți*, respectarea demnității umane, principiile eticii și deontologiei medicale, grija față de sănătatea pacientului și sănătatea publică”.

Considerăm că este util a fi adusă în discuție o prevedere din cuprinsul Legii nr. 46/2003 privind drepturile pacientului potrivit căreia, în situația în care furnizorii de servicii medicale sunt obligați să recurgă la selectarea pacienților pentru anumite tipuri de tratament care sunt disponibile în număr limitat, selectarea acestora se va realiza exclusiv pe baza criteriilor medicale.

Legiuitorul român nu definește noțiunea de criterii medicale de selecție, acestea urmând a fi deduse din ansamblul reglementărilor medicale și etice ale actului medical impus¹⁴.

În prezent, în sistemul sanitar românesc această obligație reprezintă doar un deziderat. Există, urmare a subfinanțării crunte și cronice a sistemului sanitar, o tendință de a „selecta pacienții” pe criterii economice, în funcție de veniturile sau poziția lor

¹³ Fl. I. Mangu, *op. cit.*, p. 143.

¹⁴ I. Turcu, *Dreptul sănătății. Frontul comun al medicului și al juristului*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 213.

socială¹⁵.

2.4. Obligația de confidențialitate și de respectare a vieții private a pacientului

Dezvoltarea societății moderne și apariția noilor tehnologii, coroborate cu utilizarea de metode de procesare a informației medicale în vederea unei monitorizări eficiente a sistemului sanitar constituie premisele unui acces larg la datele cu caracter personal ale pacienților.

Obligația de confidențialitate presupune respectarea secretului profesional din partea medicului și a celui alt personal medical¹⁶.

Obiectul secretului profesional îl constituie totalitatea informațiilor pe care medicul, în calitatea lui de profesionist le-a aflat direct sau indirect, în legătură cu viața intimă a pacientului sau a aparținătorilor acestuia, precum și o serie de aspecte legate de starea de sănătate a acestuia.

Trebuie menționat faptul că, obligația de confidențialitate este inserată în cuprinsul Jurământului lui Hippocrate ca o regulă absolută ce trebuie respectată de către întreg personalul medical.

Obligația de a păstra secretul profesional trebuie respectată inclusiv față de aparținătorii pacientului. Mai mult decât atât, obligația de confidențialitate continuă să fie opozabilă medicului chiar și după decesul pacientului, potrivit art. 21 din Legea nr. 46/2003¹⁷.

Medicul trebuie să gestioneze informația medicală a pacientului respectând atât legislația medicală în vigoare, cât și mandatul primit de la pacient.

Orice amestec în viața privată a pacientului este strict interzis, cu excepția cazurilor în care această imixtiune influențează în mod pozitiv diagnosticul, tratamentul ori îngrijirile acordate și doar dacă există consimțământul pacientului.

Analizând natura juridică a acestei obligații, apreciem că ne aflăm în prezența unei obligații de rezultat¹⁸. Chiar dacă nu este reglementată în mod distinct de lege o sancțiune în caz de nerespectare a acestei obligații, pornind de la dispozițiile de drept comun ale art. 1349 alin. (1) și (2) C. civ., pacientul are dreptul de a solicita și de a primi despăgubiri ca urmare a prejudiciului ce i-a fost cauzat prin nerespectarea acestei obligații de către medicul curant.

Atunci când informațiile referitoare la starea de sănătate a pacientului sunt necesare altor furnizori de servicii medicale implicați în tratarea acestuia, acordarea consimțământului la transmiterea acestor date nu mai este necesar, aflându-ne în situația partajării secretului medical între mai mulți furnizori de servicii de sănătate¹⁹.

¹⁵ A se vedea G.A. Năsui, *Malpraxisul medical. Particularitățile răspunderii civile medicale. Jurisprudență internă relevantă. Malpraxisul profesiilor liberale*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 65.

¹⁶ A se vedea, A. B. Trif, V. Astărăstoiaie, *Responsabilitatea juridică medicală în România*, Ed. Polirom, Iași, 2000, p. 293.

¹⁷ Conform art. 21, „Toate informațiile privind starea pacientului, rezultatele investigațiilor, diagnosticul, prognosticul, tratamentul, datele personale sunt confidențiale chiar și după decesul acestuia”.

¹⁸ L. R. Boilă, *op. cit.*, p. 189.

¹⁹ Art. 23 din Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51 din 29 ianuarie 2003.

2.5. Obligația de securitate

Obligația de securitate impune asigurarea integrității corporale și a sănătății pacientului în cursul actului medical.

Potrivit unei opinii exprimate în doctrină, „protecția vieții și integrității fizice a persoanelor este un drept natural provenit din timpuri străvechi și care se regăsește în toate civilizațiile, filosofile și religiile, acestui principiu etic fundamental al umanității corespunzându-i obligația juridică de securitate (...)”²⁰.

Securitatea actului medical reprezintă o exigență legitimă a oricărui pacient care apelează la serviciile unui medic. Securitatea poate constitui chiar o prezumție de calitate a actului medical, iar în multe situații poate circumstanța *caracterul intuitu personae* al actului medical²¹.

Domeniul medical mai mult decât orice alt domeniu, impune nevoia de securitate a pacienților, profesia medicală fiind una dintre principalele profesii în care viața și sănătatea fiecărei persoane se află în prim plan.

Pe de altă parte, obligația de securitate reprezintă o condiție *sine qua non* a calității îngrijirii medicale.

Dacă ne raportăm la obligația medicului de a acorda îngrijiri medicale pacientului, vom constata că obligația de securitate este accesorie acesteia, relația de dependență dintre cele două fiind evidentă, având în vedere prevederile art. 374 alin. (3) din Legea nr. 95/2006. Articolul 380 alin. (3) vorbește despre luarea deciziilor și hotărârilor cu caracter medical având în vedere „grija față de sănătatea pacientului”.

Atunci când obligația de securitate este accesorie obligației principale, care constă în acordarea îngrijirilor medicale pacientului, va avea natura juridică a unei obligații de mijloace.

Totuși, între obligația de securitate și obligația de îngrijire nu există o unitate indisolubilă, existând situații în care obligația de securitate are un caracter independent de obligația de îngrijire, când în lipsa încălcării celei din urmă obligații, se pot produce prejudicii pacientului.

O parte a literaturii de specialitate²² este de părere că încălcarea obligației principale de securitate va atrage angajarea unei răspunderi obiective, în vreme ce nerespectarea unei obligații accesorii de securitate va conduce la nașterea unei răspunderi subiective a medicului.

Obligația de securitate are natura juridică a unei obligații de rezultat în situația prevăzută la art. 655 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 95/2006. Conform acestei prevederi legale, unitățile sanitare publice sau private, în calitate de furnizori de servicii medicale, răspund civil, potrivit dreptului comun, pentru prejudiciile produse în activitatea de prevenție, diagnostic sau tratament, în situația în care acestea sunt consecința infecțiilor nosocomiale, cu excepția cazului în care se dovedește existența unei cauze externe ce nu a putut fi controlată de către instituția sanitară. În consecință, în această ipoteză culpa unităților sanitare este

²⁰ A se vedea Y. Lambert-Faivre, *L'éthique de la responsabilité*, în *Revue trimestrielle de droit civil* nr. 1/1998, p. 9.

²¹ Fl.I. Mangu, *op. cit.*, p. 150.

²² G.A. Năsu, *op. cit.*, p. 38.

prezumată, exceptând situația în care se dovedește existența unei cauze străine exoneratoare de răspundere.

Există de asemenea, o obligație de securitate bazată pe garantarea comportamentului dispozitivelor medicale cu defecte. Legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte, reprezintă cadrul general de reglementare a răspunderii obiective, fără culpă, pentru daunele rezultate din defectul produselor.

Obligația de securitate de rezultat a unităților sanitare în cazul comportamentului dispozitivelor medicale pentru viciile ascunse este reglementată în cuprinsul art. 657 din Legea nr. 95/2006. Potrivit acestui articol, „unitățile sanitare publice sau private, furnizoare de servicii medicale, și producătorii de echipamente și dispozitive medicale, substanțe medicamentoase și materiale sanitare răspund potrivit legii civile pentru prejudiciile produse pacienților în activitatea de prevenție, diagnostic și tratament, generate în mod direct sau indirect de viciile ascunse ale echipamentelor și dispozitivelor medicale, substanțelor medicamentoase și materiale sanitare, în perioada de garanție/valabilitate”.

Într-o hotărâre din 8 noiembrie 2000, Curtea de Casație a stabilit faptul că obligația de securitate de rezultat nu poate fi impusă decât în anumite sectoare particulare ale domeniului medical, rămânând a fi calificată în majoritatea cazurilor ca fiind o obligație de mijloace.

Concluzia care se desprinde din cele prezentate până acum, este aceea că, de regulă, obligația de securitate este una de mijloace, fiind calificată ca o obligație de rezultat doar în situațiile prevăzute expres de lege (infecții nosocomiale, comportamentul echipamentelor și produselor medicale).

2.6. Obligația de a obține o a doua opinie medicală

Alături de obligațiile cu caracter medical despre care am discutat anterior, medicului îi incumbă și obligația de a obține o a doua opinie medicală, în situația în care acest lucru i-a fost solicitat de către pacient.

Potrivit art. 11 din Legea nr. 46/2003, această obligație este corelativă dreptului pacientului de a obține o a doua opinie medicală. Dreptul la a doua opinie medicală decurge din dreptul la informare, fapt pentru care legiuitorul român recunoaște posibilitatea ca și pacientul să solicite acordarea unei a doua opinii medicale în aceeași cauză.

Obligația medicului de a obține o a doua opinie medicală o regăsim reglementată și în cuprinsul Codului de Deontologie Medicală, sub denumirea de „*consult medical*” (*second opinion*).

În prezent, relația medic-pacient a suferit o serie de modificări față de ultimele decenii, implicarea pacientului în actul medical devenind o cerință *sine qua non* pentru realizarea obiectivului propus și anume, tratarea pacientului.

Scopul reglementării acestei obligații în sarcina medicului este foarte bine definit. Pe de-o parte, s-a urmărit evitarea urmărilor nefaste care se pot produce în urma comiterii unor erori medicale, iar pe de altă parte s-a dorit ca medicul curant să fie protejat de eventualele acțiuni în justiție ce ar putea să ia naștere ca urmare a săvârșirii unor erori

medicale și cauzării unor prejudicii pacienților.

Ori de câte ori medicul va considera că este necesar să ceară opinia unui coleg de-al său în scopul elucidării diagnosticului, formularea planului terapeutic sau a indicației unei intervenții, va putea propune pacientului sau aparținătorilor acestuia realizarea un consult medical. Dacă în urma consultului medical, avizul dat de către cel de-al doilea medic diferă în mod substanțial de cel al medicului curant, pacientul va trebui informat de îndată²³.

În situația în care, la finalul consultului efectuat pacientului medicii nu redactează un document scris, se prezumă că cei din echipa medicală împărtășesc cu toții opinia medicului curant.

Opinii conclusive

Orice disciplină poate fi „refugiată” în expunerea regulilor sale generale care ar putea fi în chip eficace, criticate sau apreciate, aserțiunea fiind valabilă și în cazul dreptului medical. În expunerea noastră am analizat câteva dintre obligațiile medicale pe care le-am considerat reprezentative.

La modul general, obligațiile sunt corespondentul drepturilor, acestea privind în oglindă drepturile participanților raportului juridic.

În demersul nostru științific, am considerat că cele mai reprezentative obligații medicale care necesită a fi analizate și dezbătute sunt: obligația de informare; obligația de acordare a îngrijirilor medicale pacientului; obligația de confidențialitate; obligația de securitate și obligația de a obține o a doua opinie medicală. Am ales să discutăm despre aceste obligații, deoarece frontiera care le separă de drepturile lor corelative este edificatoare și sugestivă.

Dificultatea majoră nu gravitează în jurul analizei acestor obligații, ci în conținutul consecințelor care pot surveni odată cu încălcarea acestora.

Relația de care vorbim are la bază doi principali actori – medicul și pacientul. Juristul nu se poate mulțumi numai cu aplicarea unei anumite reguli pe care pretinde că o cunoaște, după cum nici medicul nu poate aplica tratamentul fără să cunoască boala de care suferă pacientul. Numai cunoscând și aplicând îndatoririle și drepturile din cadrul actului medical, rezultatul poate fi atins.

²³ *Ibidem.*

Abordări cognitive ale leasingului ca instituție interdisciplinară a dreptului internațional și european privat

Cognitive Approaches to Leasing as an Interdisciplinary Institution of International and European Private Law

Avocat drd. **Adrian CREȚU***

Institutul de Cercetări juridice, politice și sociologice Chișinău
Republica Moldova

Abstract

This article is devoted to the analysis of the cognitive aspects of the notion, relevance and degree of study in the specialized literature of international financial leasing as an institution and common legal norm of several branches of private law.

The investigation continues with the analysis of the national, European and international legal regulations the juridical practice and the doctrinal fund regarding the leasing institution studied under the rules of international commercial law...

It is demonstrated the international financial leasing institution belongs to the scientific profile: private, specialty: 553.06.- International and European Private Law and the legal system of the Republic Of Moldova, and other branches of national law, thus gaining an interdisciplinary character.

Keywords: *National; European and International Doctrine; international financial leasing; interdisciplinary institution; international and European private law*

Rezumat

Prezentul articol este consacrat analizei aspectelor cognitive ale noțiunii, relevanței și gradului de studiere în literatura de specialitate a leasingului financiar internațional ca instituție și normă juridică, comună mai multor ramuri de drept privat.

Investigația continuă cu analiza reglementărilor legislației naționale, europene și internaționale, a fondului doctrinar și practicii judiciare referitoare la instituția leasingului studiat prin prisma normelor de drept comercial internațional.

Se demonstrează apartenența instituției leasingului financiar internațional la profilul științific: drept privat; specialitatea 553.06. – drept internațional și european

* adrian_cretu_ion@yahoo.com.

privat^[1] în cadrul sistemului de drept al Republicii Moldova, precum și a altor ramuri de drept național, dobândind astfel, un caracter interdisciplinar.

Cuvinte-cheie: *Doctrină națională, europeană și internațională, leasing financiar internațional, instituție interdisciplinară, drept internațional și european privat.*

1. Noțiunea, relevanța și gradul de cercetare în literatura de specialitate a instituției leasingului financiar internațional.

Studierea cognitivă și aplicabilă a instituției contractului internațional, în general și cea de leasing financiar, în special, duce la dezvoltarea relațiilor comercial-economice cu statele Uniunii Europene și ale lumii din perspectiva integrării economiei Moldovei² în economia europeană și mondială. Un rol important, în acest sens, îl joacă progresul tehnico-științific, procesul de integrare europeană și tehnologiile informaționale.

Actualmente însă, relevanța leasingului este tot mai mare datorită accesibilității sale privind investigațiile teoretice și empirice pe piața de capital investițional a statelor sud-est europene, inclusiv a Republicii Moldova.

Sintagma „*abordări cognitive*”³ provine de la verbul francez „*aborder*” care semnifică în sens lingvistic „*a începe studierea unei probleme*”, și adjectivul „*cognitiv*” de la francezul „*cognitif*”, care se referă la „*capacitățile și mecanismele accederii la cunoștințe...*”, iar în sens juridic a prezentului articol, semnifică gradul de cunoaștere și studiere a instituției leasingului financiar internațional propriu-zis în literatura de specialitate.

Deci, „*capacitățile și mecanismele de studiere și cunoaștere a instituției interdisciplinare a contractului de leasing internațional*” sunt utilizate atât ca norme juridice generale, în cadrul legislației naționale și disciplinelor de drept public din sistemul de drept al Republicii Moldova (principii fundamentale de drept constituțional (art. 9,126 din Constituția Republicii Moldova), cât și ca norme juridice speciale: bancare (art. 14 din legea privind activitatea băncilor), vamale (art. 69 alin. 4,73 alin. 3 Cod vamal al RM), fiscale (art. 5 p. 18 Cod fiscal al Republicii Moldova).

La fel, și în cadrul disciplinelor de drept privat, precum: drept investițional, (art. 126 alin. 2 lit. h) din Constituția Republicii Moldova, art. 3 din Legea privind investițiile în activitatea de întreprinzător), dreptul civil (art. 923-930 Cod civil al Republicii Moldova),

¹ Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr. 199 din 13.03.2013 cu privire la aprobarea Nomenclatorului specialităților științifice, publicat la 22.03.2013 în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 60-63 (4378-4381) unde se menționează domeniul: 5 științe sociale și economice; ramura științifică: 55 științe juridice; profilul științific: drept privat; specialitatea științifică: 553.06. – drept internațional și european privat.

² Asemenea tendință rezultă din art. 4 alin. 3 a Legii reglementării de stat a activității comerciale externe a Republicii Moldova nr. 1031 din 08.06.2000 cu modificările ulterioare, „*În scopul integrării economiei sale în economia mondială, Republica Moldova poate participa, conform principiilor și normelor de drept internațional general acceptate, la tratatele internaționale cu privire la uniunile vamale și zonele de comerț liber*”.

³ *Dicționarul explicativ al limbii române*, ed. a 2-a, București, Ed. Univers Enciclopedic Gold, 2009, p. 2, 203.

dreptul antreprenorial (art. 3 din Legea cu privire la leasing etc.), dreptului comercial internațional (art. 4 alin. 3 a Legii reglementării de stat a activității comerciale externe), drept internațional privat (art. 1576-1623 Cod civil al Republicii Moldova), drept european privat (Acordul de Asociere încheiat între UE-Republica Moldova, art. 3 din Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma1) etc.).

Prin urmare, instituția juridică a leasingului internațional ca și operațiunile economice de acest fel, s-au dezvoltat în statele Europei de Vest, ca mai apoi, după anii 1990 să evolueze și în unele state ale Europei de est, precum Polonia, Slovacia, România, Bulgaria, Moldova, Ucraina, Georgia și alte state ex-socialiste.

Operațiile de leasing financiar internațional reprezintă o alternativă pentru persoane fizice (cetățeni) și agenții economici din Republica Moldova, inclusiv cei străini, pentru modernizarea ramurilor economiei naționale, când creditarea bancară este mult mai costisitoare și nu satisface necesitățile cererilor pieței autohtone în sectoarele public și privat.

La ora actuală (anul 2019) în Republica Moldova creditele acordate de sistemul bancar sunt de 16-20-24%, în comparație cu România 7-9%, Franța, Germania, Italia 3-4% anual. Astfel, o cunoaștere aprofundată și detaliată a instituției leasingului internațional în toată complexitatea sa, va duce la fructificarea practică nu doar ca instituție, ci și ca instrument juridic de agenții economici, și respectiv, la modernizarea ramurilor economiei naționale cu tehnică și tehnologii de ultimă generație pentru a atinge nivelul de dezvoltare a economiei statelor membre ale Uniunii Europene.

Statistica ne demonstrează că, în anul 2019 pe piața internă a Republicii Moldova activau în jur de 20 companii specializate în leasing⁴, iar numărul lor crește mereu, odată cu penetrarea investițiilor străine din cadrul statelor membre ale Uniunii Europene și a celor asociate⁵. Deci, observăm, că marea lor majoritate sunt create de bănci, ori colaborează cu băncile autohtone sau străine. Astfel, leasingul continuă să fie profund aplicat în practică, prin prisma operațiunilor financiar-economice internaționale care va dezvolta diversele sectoare economice, precum agricultura, construcțiile, industria, transportul etc., caracteristice economiilor naționale și altor state sud-est europene.

Afirmăm că, problematica leasingului financiar și operațional internațional ca și componente a instituției juridice este studiată în literatura de specialitate juridică din Moldova, în România și alte state europene. Noi ne vom referi doar la unele varietăți ale instituției leasingului, precum cel financiar și operațional.

Conceptul doctrinar al contractului comercial internațional ca și componentă a ramurii Dreptului Comercial Internațional, iar din ea, face parte și instituția leasingului financiar este expus în opiniile unor savanți, exponenți ai marilor sisteme de drept *Common*

⁴ Enumerăm doar câteva companii specializate în leasing financiar internațional care activează în Moldova, precum:

MAIB - Leasing S.A. <http://www.leasing.md>; Raiffeisen, International-raiffeisen-leasing.com, Express; Leasing S.R.L., <http://www.expressleasing.md>; Euroleasing <http://www.euroleasing.md>; B S-Leasing Grup S.A. <http://www.bs.leasinggrup.md>; Premier leasing <http://www.premier-leasing.md> etc.

⁵ Ne referim la investițiile Turciei în Republica Moldova, unde capitalul său financiar crește în ramura construcțiilor hoteliere și comerciale, precum *Leo Grand, Malldova* din mun. Chișinău, estimate la miliarde euro etc.

Law și romano-germanic.

Prin urmare, **Hans Van Houtte** în lucrarea sa „*The Law of International Trade, Sweet and Maxwell*”⁶ remarcă că, ramura dreptului comercial internațional „cuprinde normele juridice privind tranzacțiile comerciale transnaționale”... și „relațiile financiare care acompaniază aceste tranzacții”.

Alți autori, **Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque** în studiul *Droit du commerce international*⁷ afirmă că „operațiile de comerț internațional se desfășoară prin intermediul contractelor...”.

Apoi, autorul **Tudor R. Popescu** în monografia *Dreptul comerțului internațional*, susține că, atât în doctrină cât și în practica internațională se consideră că nu există o definiție absolută a noțiunii de „caracter internațional” al unei operații comerciale. Pentru definiția acestui caracter „internațional” se utilizează atât criteriile juridice, cât și criteriile economice. *Criteriile juridice* se referă la punctele de legătură ale raportului juridic, și anume: locul încheierii raportului juridic, cel al executării obligației, domiciliul sau reședința persoanei fizice, sediul persoanei juridice etc. *Criteriile de ordin economic* se referă la impactul economic al operației, cum sunt mișcarea de valori peste frontiere, incidența operației respective asupra relațiilor economice cu străinătatea, repercusiunile asupra rezervelor de devize ale țării etc.⁸

Dumitru Mazilu în studiul monografic „Dreptul comerțului internațional”, menționează: „*Leasing-ul financiar, se caracterizează prin aceea că în perioada de bază a închirierii este recuperat prețul de export, costurile auxiliare și se obține un anumit beneficiu. În perioada leasing-ului de bază părțile nu au dreptul să rezilieze contractul, ele fiind ținute să-și îndeplinească toate obligațiile asumate*”⁹.

L. Gribincea, în lucrarea *Dreptul comerțului internațional*, cercetează caracterul generic al contractului internațional de leasing referindu-se doar la unele forme ale sale. Comparând leasingul financiar cu cel operațional concluzionează: „*Leasing-ul financiar se deosebește de leasing operațional prin faptul că în perioada de bază a închirierii este recuperat prețul de export, costurile auxiliare și se obține un anumit beneficiu*”¹⁰.

Autorii **I. Mămăligă, A. Crețu** în publicația *Leasingul - contract modern în dreptul comerțului internațional referindu-se la cunoașterea importanței instituției leasingului* deduc următoarele: „...operațiunile de leasing internațional servesc drept catalizator pentru dezvoltarea ramurilor economiei naționale, iar prin operațiunile de import-export ale tehnicii și tehnologiilor avansate are loc modernizarea țării. Actualmente, asemenea proces lent nu satisface ritmul de creștere economică, nici aspirațiile și doleanțele cetățenilor la un trai decent. Respectiv, Republica Moldova are tendințe de aliniere la familia statelor membre ale Uniunii Europene. Parteneriatul public-privat este decisiv în

⁶ În original, Hans Van Houtte, *The Law of International Trade, Sweet and Maxwell*, London, 1995, p. 1.

⁷ În original, Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 1997, p. 121.

⁸ Tudor R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, București, Ed. Didactică și Pedagogică, 1983, p. 143-144.

⁹ Dumitru Mazilu, *Dreptul comerțului internațional, Partea specială*, București, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 301.

¹⁰ Lilia Gribincea, *Dreptul comerțului internațional*, Chișinău, Reclama, 2014, p. 586.

acest sens, precum și în modernizarea agriculturii, ramurilor de prelucrare a materiilor prime, a industriilor grea și ușoară, farmaceuticii, aeronauticii, transportului, construcțiilor și altor ramuri ale economiei naționale. Ambele sectoare sunt în legătură directă cu libertățile de circulație a bunurilor, capitalului, serviciilor și persoanelor”¹¹.

Referindu-ne la gradul de cercetare în literatura de specialitate a instituției leasingului financiar internațional observăm, aceasta din urmă, constă într-o delimitare de concluziile făcute în alte lucrări și o continuitate a investigațiilor științifice proprii în domeniul respectiv pentru obținerea de noi rezultate.

Astfel, în Republica Moldova o teză, în acest sens, aparține autoarei **Cristina Martin**, intitulată: „Reglementarea juridică a operațiunilor de leasing financiar în Republica Moldova (aspecte comparate)” susținută public în 2007. Scopul urmărit în teză constă în analiza leasingului intern în toată complexitatea și evoluția sa, stabilirea naturii juridice și determinarea locului acestuia în sistemul ramurii dreptului civil.

O altă disertație denumită „Legea aplicabilă actelor juridice cu privire la condițiile de fond și de formă în dreptul internațional privat”, autorul **Andone Raluca-Oana**, (Republica Moldova) urmărește valorificarea reglementărilor legale, a opiniilor doctrinarilor și a experienței jurisprudențiale a acestei materii, precum și alinierea legislației moldave la cea europeană. La fel, analiza aspectelor de drept material și conflictual, cercetarea legislației din Republica Moldova, România, Franța și Polonia – ultimele două ca modele de armonizare a legislației proprii cu cea a Uniunii Europene, și respectiv, luare în considerare a marilor sisteme de drept: continental (romano-germanic), european (UE) și *common-law*.

Astfel, studiind gradul de cercetare în literatura de specialitate a instituției juridice a leasingului observăm, că au rămas neelucidate unele aspecte ale leasingului financiar internațional, precum cel legat de atragerea investițiilor străine prin mișcarea de capital și alte mărfuri din unele state ale Uniunii Europene spre Republica Moldova, iar spre statele vest-europene capitalul uman și brațele de muncă ale propriilor cetățeni.

2. Apartenența instituției leasing-ului financiar internațional în sistemul de drept al Republicii Moldova la profilul științific; drept privat, specialitatea: 553.06.-drept internațional și european privat

În continuare investigăm doar instituția juridică a leasingului internațional în cadrul sistemului de drept al Moldovei, delimitându-l de contractul de leasing financiar ca *act juridic extern propriu-zis*, care face obiectul unei alte publicații separate.

Așadar, sub aspectul structural al sistemului de drept al Republicii Moldova se face distincție între ramurile de drept public și cel privat, iar la rândul său, dreptul privat se împarte în mai multe ramuri, subramuri, instituții ramurale sau comună mai multor ramuri (interdisciplinare), norme juridice generale și speciale, precum și clasificarea lor în norme materiale și conflictuale (norme de drept internațional și european privat), norme convenționale și cutumiare care derivă din tratatele de drept internațional și european privat.

¹¹ Ilie Mămăligă, Adrian Crețu, *Leasingul – contract modern în dreptul comerțului internațional*, în Revista Relații Internaționale Plus, nr. 2, Chișinău, 2013, p. 147-160; Revista Națională de Drept nr. 5, Chișinău, 2014, p. 40-44.

Facultățile juridice, economice, de finanțe și de relații economice internaționale a instituțiilor superioare de învățământ din Moldova¹² și din alte state europene, precum universitățile din România¹³, Franța¹⁴, Marea Britanie¹⁵, Italia¹⁶, acordă o atenție deosebită în programele lor de studiu leasingului ca instituție juridică și act internațional.

Cunoașterea acestei instituții este relevantă prin faptul, că prin operațiunile sale de comerț exterior ale leasingului financiar pot fi modernizate ramurile economiei naționale a statelor europene, inclusiv a Republicii Moldova. Prin urmare, apare logic întrebarea, dacă are puncte de tangență cu ramurile și subramurile dreptului public, precum dreptul constituțional, vamal, bancar, fiscal etc.

O altă întrebare ar fi, dacă aparține oare instituția leasingului financiar internațional mai multor ramuri de drept privat în cadrul sistemului de drept al Republicii Moldova ori este o instituție ce ține de o singură ramură de drept privat.

NOUL DICȚIONAR UNIVERSAL AL LIMBII ROMÂNE, se referă la instituția juridică de ramură ca obiect generic definind-o ca instituție care reprezintă „*ansamblul normelor (juridice) care reglementează o anumită categorie de relații sociale*”¹⁷.

O altă definiție a instituției juridice este redată în Dicționarul explicativ al limbii române, ca „*Formă de organizare a raporturilor sociale, potrivit normelor juridice stabilite pe domeniul de activitate*”¹⁸.

Prin urmare observăm că, ambele definiții sunt limitate, *în primul rând*, la o anumită categorie de raporturi sociale, iar *în al 2-lea rând*, într-un anumit domeniu de activitate, ceea ce rezultă că aceste categorii de relații sociale sunt studiate în cadrul unei singure ramuri de drept.

Pe noi ne interesează specialitatea: 553.06 – *dreptul internațional și european privat*, care aparține mai multor ramuri și subramuri de drept. În acest context, ne referim la *instituția interdisciplinară a leasingului internațional* ca obiect de investigație a prezentului articol, mult mai complexă și care guvernează, prin normele sale juridice, unele relații înrudite și interdependente ale diverselor ramuri de drept public și privat.

Prin urmare, opinăm, *contractul de leasing financiar internațional – este o instituție juridică formată din normele mai multor ramuri și subramuri de drept privat, fiind studiat*

¹² Moldova: Universitatea de Stat din Moldova, Academia de Studii Economice din Moldova, Universitatea Liberă Internațională, Universitatea de Studii Politice și Economice Europene „Constantin Stere”, Universitatea de Stat Alecu Russo din Bălți etc.

¹³ România: Universitatea din București, Academia de Studii Economice din București, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj Napoca, Universitatea de Vest din Timișoara, Universitatea din Craiova etc.

¹⁴ Franța: Universitatea Pantheon – Sorbonne(Paris I), Universitatea Sorbonne Nouvelle (Paris III), Universitatea Paris – Sorbonne (Paris IV), Universitatea Paris Descartes (Paris V), Universitatea din Strasbourg, inclusiv cele trei universități fuzionate (Universitatea „Louis Pasteur”, Universitatea „Marc Blach”, Universitatea „Robert Schuman”), Universitatea din Nantes etc.

¹⁵ Italia: Università di Bologna, Università Sapienza - Università di Roma, din Napoli, Università Cattolica del Scro Cuore etc.

¹⁶ Marea Britanie: University of Cambridge, University of Oxford, London of School of Economics, University St Andrews etc.

¹⁷ NOUL DICȚIONAR UNIVERSAL AL LIMBII ROMÂNE, Ed. Litera Internațional, Chișinău-București, 2007, p. 612.

¹⁸ *Dicționarul explicativ al limbii române*, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 496.

și reglementat de norme de drept: civil, antreprenorial, investițional, comercial internațional¹⁹, internațional și european privat și tangențial guvernat de normele de drept public, precum constituțional, vamal, bancar, fiscal etc. Deși, dreptul constituțional ca ramură de drept public se referă la principiile fundamentale privind proprietatea, iar companiile de leasing (persoane juridice), inclusiv statul pot forma, atât proprietatea publică cât și cea privată, constituită din bunuri materiale și intelectuale. Prin urmare, leasingul reprezintă o instituție studiată de diverse ramuri ale dreptului, inclusiv de dreptul internațional și european privat.

Astfel, art. 9 alin. 3 din Constituția Republicii Moldova²⁰ prevede: „Piața, liberă inițiativă economică, concurența loială sunt factori de bază ai economiei”, iar art. 126 alin. 2 lit. b) precizează „Statul trebuie să asigure libertatea comerțului și activității de întreprinzător, protecția concurenței loiale crearea unui cadru favorabil valorificării tuturor factorilor de producție”.

Normele juridice vamale, stipulate în art. 69 alin. 4 al **Codului vamal** al Republicii Moldova²¹ prevede următoarele: „Termenul de aflare sub regim vamal de admitere temporară a mărfurilor plasate în baza unui contract de leasing operațional se va stabili în funcție de durata contractului de leasing, dar nu va depăși 3 ani”, iar art. 73 alin. 2 denumit „Punerea în liberă circulație a mărfurilor și mijloacelor de transport”, presupune: „În cazul rezilierii contractului de leasing operațional până la expirarea acestuia ca urmare a realizării de către locatar a operațiunii de procurare a acestui bun, baza de calcul al drep-turilor de import o va constitui valoarea în vamă a mărfurilor date în leasing, stabilită la data plasării acestora în regim de admitere temporară. Suma cumulativă a plăților calcula-te nu trebuie să depășească suma drepturilor de import datorate la data introducerii bunului în regim de admitere [temporară, în cazul în care ar fi fost aplicat regimul vamal de import”.

Prin urmare, **dreptul bancar** – ramură de *jus publicum* examinează și studiază subiecții (persoane fizice și juridice, inclusiv companii de leasing) care prestează servicii ori desfășoară activități pe piața de capital prin normele juridice ale Legii Republicii Moldova²² privind activitatea băncilor nr. 202 din 06.10.2017, în vigoare din 01.01.2018, art. 14 intitulat „Activitățile permise băncilor” stipulează: „Băncile pot desfășura în limita licenței acordate, următoarele activități: b)... finanțarea tranzacțiilor comerciale (inclusiv forfetare); c) leasing financiar etc.”.

Referindu-se la **practica judiciară** în domeniul tranzacțiilor de comerț exterior, **Rene Rodiere și J. L. Rives - Lange** atrăgeau atenția că „mijloacele și modalitățile de plată în

¹⁹ Dreptul comercial internațional reprezintă în cadrul sistemului de drept al Republicii Moldova o subramură de drept, în cadrul ramurii de **drept internațional privat** și a specialității științifice interdisciplinare: 553.06 – drept internațional și european privat.

²⁰ Art. 9,126 din Constituția Republicii Moldova, adoptată la 24 iulie 1994, în vigoare din 27 august 1994 cu modificările ulterioare.

²¹ Codul vamal al Republicii Moldova cu modificările ulterioare a fost adoptat la 20.07.2000, publicat la 01.01.2007, în Monitorul Oficial al Republicii Moldova.

²² Legea Republicii Moldova privind activitatea băncilor nr. 202 din 06.10.2017, în vigoare din 01.01.2018.

comerțul internațional au un rol important în facilitarea tranzacțiilor și derularea schimburilor comerciale”²³.

O analiză atentă a **practicii jurisdicționale și arbitrale** demonstrează importanța și necesitatea:

a) cunoașterii temeinice a reglementărilor în vigoare în domeniul comerțului internațional;

b) interpretării lor corecte în procesul încheierii și derulării contractelor;

c) stipulării unor clauze de natură a facilita aplicarea riguroasă a exigențelor normative, care guvernează schimburile comerciale internaționale²⁴.

La fel, normele **Codului fiscal** ale Republicii Moldova²⁵ în special, art. 5 p. 18 în scopul impozitării, recunoaște *contractul de leasing financiar*, dacă îndeplinește una din următoarele condiții:

a) riscurile și beneficiile aferente dreptului de proprietate asupra bunului, care face obiectul leasingului, să fie transferate locatarului la momentul încheierii contractului de leasing;

b) suma ratelor de leasing să reprezinte cel puțin 90% din costul de intrare al bunului dat în leasing;

c) contractul de leasing să prevadă expres transferul către locatar la momentul expirării contractului, al dreptului de proprietate asupra bunului care face obiectul leasingului;

d) perioada de leasing să depășească 75% din durata de funcționare utilă a bunului care face obiectul leasingului.

Așadar, **dreptul civil** ca ramură de *jus privatum* studiază, de regulă, normele juridice ale leasingului *de consum*, guvernate și înserate în Cartea a III-a, Obligațiile, Titlul III, Categoriile de obligații, Capitolul X denumit *Leasingul* (art. 922-930/6) a Codului civil al Republicii Moldova²⁶ format prin definiție din locator (creditor financiar) și locatar. Deci, definiția se referă la leasingul *de consumație* care are ca scop satisfacerea unor necesități vitale persoanelor fizice și juridice, precum: telefoane mobile, mașini agricole, tractoare, combine etc.

Dreptul antreprenorial cercetează, la fel, instituția leasingului prin prisma normelor de drept civil cu caracter general și normelor de drept special conținute în Legea nr. 59 din 28.04.2005 cu privire la leasing²⁷, dar cu scop de obținere a unui profit în vederea dezvoltării activității de antreprenariat intern. Astfel, potrivit principiului interpretării unei reguli de drept

²³ Rene Rodiere, J. L. Rives-Lange, *Droit bancaire*, Dalloz, Paris, p. 23, în lucrarea Dumitru Mazilu, Daniel-Mihail Șandru, *Practică jurisdicțională și arbitrală de comerț internațional*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 47, 48-49.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Codul fiscal al Republicii Moldova nr. 1163-XIII din 24.04.1997, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 62/522 din 18.09.1997, cu modificările ulterioare.

²⁶ Codul civil al Republicii Moldova, cu modificările ulterioare reprezintă legea organică nr. 1107-XV din 6 iunie 2002 intrată în vigoare la 1 ianuarie 2003, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 82-86 (967-971) din 22 iunie 2002, cu modificările ulterioare intrate în vigoare la 01.03.2019.

²⁷ Legea nr. 59 cu privire la leasing a fost adoptată la 28.04.2005 și publicată în Monitorul Oficial al RM nr. 92-94 din 08.07.2005) cu modificările ulterioare.

„*specialia generalibus derogant*”, deci, dispozițiile speciale derogă de la dispozițiile generale. Altfel spus, dacă există două norme de drept, dintre care una cu aplicare generală, iar alta cu aplicare specială, delimitată, se va aplica norma (regula) specială.

În art. 3 al Legii nr. 59 din 28.04.2005, legiuitorul moldav definește contractul de leasing astfel: *contact în al cărui bază o parte(locator) se obligă, la cererea unei alte părți(locatar), să îi asigure posesiunea și folosința temporară a unui bun, contra unei plăți periodice (rată de leasing) achiziționat sau produs de locator, iar la expirarea contractului să respecte dreptul de opțiune al locatarului de a cumpăra bunul, de a prelungi contractul de leasing ori de a face să înceteze raporturile contractuale.*

În continuare ne vom referi doar la câteva forme de leasing și anume la leasingul cu varietățile sale financiar, operațional și cel internațional, pe care le vom analiza în continuare și urmăresc obținerea unui profit, ceea ce-l diferă de cel civil.

Așadar, **normele de drept investițional** își găsesc reflectare în cadrul normelor fundamentale (art. 126 alin. 2 lit. h) din Constituția Republicii Moldova) care stipulează: „*Statul trebuie să asigure inviolabilitatea investițiilor persoanelor fizice și juridice, inclusiv străine*”.

Astfel, în art. 3 din Legea cu privire la investițiile în activitatea de întreprinzător nr. 81-XV din 18.03.2004²⁸, cu modificările ulterioare, *noțiunea de investiție* – reprezintă totalitatea de bunuri (active) depuse în activitatea de întreprinzător pe teritoriul Republicii Moldova, inclusiv prin contractul *de leasing financiar* pentru a se obține venit.

Dreptul comerțului internațional studiază leasingul, de obicei, nu numai prin prisma normelor Codului civil, a Legii cu privire la leasing, dar și prin normele convenționale, precum cele conținute în Convenția de la Ottawa din 28 mai 1988 privind leasingul financiar internațional. Contractul de leasing financiar în art. 3 completat prin Legea nr. 60-XVI din 28.04.05, în vigoare din 08.07.05, îmbracă haina contractului comercial internațional modern după formă și conținut fiind o operație complexă...

Sub *aspectul științifico-practic*, „*leasingul internațional*”, ca instituție juridică a subramurii dreptului comerțului internațional²⁹ se referă doar la *prima* parte a obiectului cercetat. Partea a *doua* „*instituție interdisciplinară*”, reprezintă elemente ale *dreptului internațional privat* și ale *dreptului european privat* pe care succint, le vom examina în continuare.

Drept internațional privat studiază leasingul din punct de vedere a legii aplicabile contractului internațional. Conceptele doctrine juridice și-au găsit consacrare în art. 1577 din Codul civil al Republicii Moldova³⁰ stipulând astfel: „*La determinarea legii aplicabile raporturilor de drept civil cu element de extraneitate, se va ține cont de calificarea conceptelor juridice efectuată conform dreptului Republicii Moldova, dacă legea și tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte nu prevăd altfel*”. În continuare *alin. 2*

²⁸ Legea cu privire la investițiile în activitatea de întreprinzător nr. 81-XV din 18.03.2004, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 64-66/344 din 3.04.2004, art. 3 completat prin Legea nr. 60-XVI din 28.04.05, în vigoare din 08.07.05 cu modificările ulterioare.

²⁹ Atenționăm, că în Republica Moldova – *Dreptul comercial internațional* reprezintă o subramură în cadrul dreptului internațional și european privat, pe când în România este recunoscută ca ramură de drept privat, distinctă de dreptul internațional privat.

³⁰ Cartea a Cincea Dreptul Internațional Privat (art. 1576-1624) din Codul civil al Republicii Moldova.

prevede: „În cazul în care conceptele juridice care necesită calificare juridică nu sunt cunoscute dreptului Republicii Moldova ori sunt cunoscute sub o altă denumire sau cu un alt conținut și nu pot fi determinate prin interpretare conform dreptului Republicii Moldova, la calificarea lor juridică poate fi aplicat dreptul unui alt stat străin, dacă astfel nu se limitează drepturile civile, ori dacă nu se stabilesc măsuri de răspundere civilă”.

Dreptul internațional privat examinează leasingul din punct de vedere a legii aplicabile contractului internațional. Codul civil al Republicii Moldova, „Cartea V Normele de drept internațional privat,, (norme conflictuale) nu reglementează direct instituția leasingului, dar îmbracă forma actului juridic propriu-zis stipulat în Capitolul IV, art. 1609 denumit „Legea aplicabilă actului juridic”. Prin urmare, legea aplicabilă actului juridic civil coincide cu cel de comerț internațional, și respectiv, cu leasingul internațional propriu-zis.

Deci, pentru leasingul internațional sunt aplicabile condițiile de formă și de fond ale art. 1609 Cod civil al Republicii Moldova, care stipulează:

„1) Condițiile de formă ale actului juridic stabilit de legea statului care guvernează fondul actului juridic. Actul juridic încheiat în afara teritoriului Republicii Moldova se consideră valabil din punctul de vedere al formei dacă îndeplinește una din următoarele condiții:

a) este respectată legea locului unde a fost întocmit;

b) sunt respectate exigențele legislației Republicii Moldova;

c) este respectată legea națională sau legea domiciliului persoanei care l-a întocmit;

d) este valabil conform legii aplicabile autorității care examinează validitatea actului juridic.

2) Condițiile de fond ale actului juridic sunt guvernate de legea aleasă de autorul lui sau de legea statului cu care actul juridic are cele mai strânse legături, sau de legea locului unde actul juridic unilateral este întocmit. Dacă legea aplicabilă fondului actului juridic impune o anumită formă autentică, această cerință nu poate fi înlăturată, chiar, dacă actul juridic a fost întocmit în străinătate”.

În ceea ce privește principiile și ideile relevante **dreptului european privat** își găsesc izvorul în normele studiate de către dreptul internațional privat, dreptul comerțului internațional, de alte norme ale tratatelor economice, inclusiv Acordul de Asociere U.E. – Republica Moldova, aplicabile spațiului statelor Uniunii Europene și celor asociate.

Carmen Tamara Ungureanu în studiul „*Dreptul european privat al afacerilor*”, în „Cuvânt înainte” definește: „Dreptul european privat al afacerilor reprezintă un drept internațional privat european al Uniunii Europene. Acest domeniu este reglementat, în principal de Convenția de la Bruxelles din 1968 cu privire la competența judiciară și executarea deciziilor în materie civilă și comercială, care a fost înlocuită, începând cu 1 martie 2002, cu Regulamentul Comunității Europene nr. 44/2001 cu privire la competența judiciară, recunoașterea și executarea deciziilor în materie civilă și comercială, cu același obiect și de Convenția de la Roma din 1980 cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale. Așadar, problemele de bază pe care le ridică dreptul internațional privat, și anume, conflictele de jurisdicție și conflictele de legi, sunt soluționate de cele două Convenții, de la Bruxelles (Regulamentul Comunității Europene nr. 44/2001) și, respectiv, de la Roma. Există și alte reglementări aplicabile în statele Uniunii Europene sau norme comunitare, care conțin reguli de competență jurisdicțională sau legislativă, precum: Convenția de la Haga din 1986 cu privire la legea aplicabilă vânzării internaționale de mărfuri, Convenția

de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri, Regulamentul Comunității Europene din 1993 cu privire la marca comunitară ș.a. Acestea ar putea forma obiectul unui viitor studiu, *Dreptul european privat al afacerilor special...*³¹.

Cu titlu de exemplu, al normelor uniforme de drept european privat servește art. 3 intitulat „*Libertatea de alegere*” din Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma1)³². Așadar, art. 3 alin. 1 din regulament prevede: „*Contractul este guvernat de legea aleasă de către părți. Această alegere trebuie să fie expresă sau să rezulte, cu un grad rezonabil de certitudine, din clauzele contractuale sau din împrejurările cauzei. Prin alegerea lor, părțile pot desemna legea aplicabilă întregului contract sau numai unei părți din acesta*”.

I. Mămăligă în lucrarea „*Determinarea legii aplicabile contractului comercial internațional cu concursul normelor conflictuale și convenționale europene și universale uniforme*” concluzionează următoarele: „...ținând cont de evoluția normelor conflictuale în sistemul de drept național, deducem că dreptul conflictual în Republica Moldova reprezintă norme de drept: civil, comercial, familial, procedural civil, al muncii, informațional, ale proprietății intelectuale, precum și norme conflictuale convenționale europene și universale...”³³. În continuare observăm că „...normele conflictuale își găsesc izvorul atât în cadrul unei sau mai multor legi naționale, cât și în contextul tratatelor de dimensiune universală sau regional-europeană, care au la bază principiile generale de drept”³⁴.

Un alt izvor al dreptului european la nivel public și privat și-a găsit manifestare și în unele clauze ale Capitolului 10 „Politica cu privire la industrie și întreprinderi” ale Acordului de Asociere dintre Uniunea Europeană și Republica Moldova³⁵. Scopurile Asocierii sub aspect politico-economic sunt stipulate în art. 1 al Acordului fiind următoarele: *a promova asocierea politică și integrarea economică între Părți în baza valorilor comune și legăturilor strânse, inclusiv prin creșterea participării Republicii Moldova în politicile, programele și agențiile Uniunii Europene; a susține eforturile Republicii Moldova în dezvoltarea potențialului său economic prin intermediul cooperării internaționale, precum și prin armonizarea legislației sale la legislația Uniunii Europene; a crea condiții pentru relații economice și comerciale sporite care vor conduce la integrarea treptată a Republicii Moldova pe Piața Internă a Uniunii Europene..., inclusiv prin crearea Zonei de Liber Schimb Aprofundată și Cuprinzătoare care va prevedea armonizarea amplă a cadrului de reglementare și liberalizarea accesului pe piață, în conformitate cu drepturile și obligațiile*

³¹ Carmen Tamara Ungureanu, *Dreptul european privat al afacerilor*, Iași, Ed. Junimea, 2002, p. 5-6.

³² Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma 1). Prezentul regulament se aplică de la 17 decembrie 2009, cu excepția art. 26, care se aplică de la 17 iunie 2009. În statele membre, prezentul regulament înlocuiește convenția de la Roma, cu excepția teritoriilor statelor membre care intră în domeniul de aplicare teritorial al respectivei convenții și cărora nu li se aplică prezentul regulament în temeiul art. 299 din tratat. (art. 24 din regulament).

³³ Ilie Mămăligă, *Determinarea legii aplicabile contractului comercial internațional cu concursul normelor conflictuale și convenționale europene și universale uniforme*, în Revista Națională de Drept nr. 3/2012, p. 28-29.

³⁴ *Idem*, p. 30.

³⁵ Acordul de Asociere dintre Uniunea Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice și statele sale membre și Republica Moldova a fost semnat la Bruxelles la 27.06.2014, în vigoare de la 1 iulie 2016.

care decurg din calitatea de membru al OMC, și la aplicarea transparentă a acestor drepturi și obligații; Prin urmare, art. 62 prevede: „părțile vor dezvolta și consolida cooperarea lor în domeniul politicii industriale și cu privire la întreprinderi, astfel îmbunătățind mediul de afaceri pentru toți operatorii economici, dar punând un accent deosebit pe întreprinderile mici și mijlocii (ÎMM). Cooperarea consolidată ar trebui să îmbunătățească cadrul administrativ și de reglementare atât pentru întreprinderile din Republica Moldova, cât și pentru cele din UE care activează în Republica Moldova și în UE, și ar trebui să se bazeze pe politicile industriale și cu privire la ÎMM ale UE, luând în considerație principiile și practicile recunoscute pe plan internațional în acest domeniu”.

Aplicarea Convenției UNIDROIT de la Ottawa din 28.05.1988 privind leasingul financiar internațional³⁶ este supusă îndeplinirii a două condiții, respectiv, ca finanțatorul și utilizatorul să se găsească în state diferite și ca statul finanțatorului, statul utilizatorului și statul furnizorului să fie state părți la Convenție sau ca atât contractul de vânzare, cât și contractul de leasing propriu-zis să fie reglementate de legea unui stat parte la Convenție.

Deși, Republica Moldova și România nu sunt părți la Convenția UNIDROIT, din 28.05.1988 normele sale pot fi utilizate ca norme cutumiare cu aceeași forță juridică. Cu toate acestea, convenția stipulează perfect, că este necesar instrumentul de aderare la tratatul comercial-economic propriu-zis. Astfel, aderarea la tratatul menționat ar favoriza și impulsiona dezvoltarea relațiilor comerciale internaționale prin leasing, inclusiv investițiile străine, iar investitorii străini ar obține o doză de garanție juridică de la statul autohton.

În spațiul european o convenție similară celei de la Ottawa din 1988, care ar governa operațiile de leasing între țările europene lipsește, iar convenția menționată devine un instrument juridic necesar și pentru statele membre și asociate la Uniunea Europeană.

Deci, prin caracterul său cognitiv, leasingul financiar internațional reprezintă nu doar o operație economică externă, ci și o componentă a instituției dreptului privat și se încadrează perfect în profilul științific de drept privat; specialitatea: 553.06—drept internațional și european privat în cadrul sistemului de drept al Republicii Moldova.

La fel deducem, că un tratat european care ar governa operațiile de leasing între țările membre și asociate la Uniunea Europeană lipsește. Prin urmare, asemenea lacună poate fi complinită prin aderarea statelor membre ale Uniunii Europene neaderente și a Republicii Moldova la Convenția UNIDROIT de la Ottawa din 28 mai 1988, în vigoare din 1 mai 1995 care ar accelera investițiile străine sub diverse forme, de mărfuri și capital prin intermediul leasingului financiar internațional din partea statelor vest-europene, parte la tratatul menționat.

³⁶ Convenția UNIDROIT privind leasingul financiar internațional, deschisă semnării la Ottawa la 28 mai 1988, în vigoare din 1 mai 1995, leagă mai mult de 9 state aderante sau ratificante. Deși, Moldova și România nu sunt părți la prezenta convenție, normele tratatului propriu-zis, pot fi utilizate de agenții economici autohtoni și străini ca norme cutumiare *non-scriptum*.

Asistența și reprezentarea neloială. O analiză critică

Disloyal Assistance and Representation. A Critical Analysis

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

Abstract

The present study analyzes several elements of the offense of disloyal assistance and representation, which covered an unregulated area at the level of criminal protection, required, in the context in which, in particular, the lawyer, who is an "indispensable partner of justice", has a criminal protection against the crime of judicial outrage, but he was not criminally liable for malpractice in the exercise of his profession in relation to his client.

Keywords: *assistance; representation; lawyer; representative; client interests; judicial proceedings; notarial procedure.*

Rezumat

Prezentul studiu analizează câteva elemente ale infracțiunii de asistență și reprezentare neloială, care a acoperit o zonă nereglementată la nivel de protecție penală, necesară, în contextul în care, în mod special, avocatul, care este un „partener indispensabil al justiției”, beneficia de o protecție penală pe calea infracțiunii de ultraj judiciar, însă nu răspundea penal pentru malversațiuni realizate în exercitarea profesiei în relație cu clientul său.

Cuvinte-cheie: *asistență; reprezentare; avocat; reprezentant; interesele clientului; procedură judiciară; procedură notarială.*

1. Prolegomene

Noul Cod penal a reglementat în art. 284 infracțiunea de asistență și reprezentare neloială, această incriminare vizând „protejarea intereselor justițiabililor de eventualele conduite neloiale/abuzive ale avocaților, care, în desconsiderarea obligațiilor profesionale sau deontologice, compromit interesele persoanelor pe care ar trebui să le reprezinte în mod loial”¹. Pe lângă protecția specială a intereselor clientului în raport cu conduita procesuală a

* adrian.fanu@e-uvt.ro.

¹ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 384.

avocatului, care se bucură în continuare de o reglementare în Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat², infracțiunea reglementată de art. 284 C. pen. asigură o protecție specială, de natură penală, și relațiilor născute între persoana reprezentată într-un proces și reprezentantul acesteia, fie că este unul convențional, unul judiciar ori unul legal.

Cu privire la această incriminare, în Expunerea de motive³ a noului Cod penal s-a arătat că aceasta „constituie de asemenea o reglementare nouă și urmărește sancționarea fraudelor judiciare provocate cu intenție de persoanele chemate să reprezinte sau să apere interesele unei persoane în cadrul unei proceduri judiciare, comise prin înțelegeri oculte cu adversarii celor pe care îi reprezintă în cadrul unei proceduri judiciare. În asemenea cazuri interesele persoanelor reprezentate sunt adesea grav afectate iar uneori ireparabile (de exemplu avocatul care asistă o persoană într-o cauză civilă o induce în eroare comunicându-i că nu poate ataca o hotărâre cu apel deși legea prevedea acest drept, ori îl sfătuiește pe adversarul din proces ce diligențe poate depune pentru a avea câștig de cauză în fața propriului client)”.

Astfel, se poate susține că obiectul juridic principal al acestei infracțiuni constă în relațiile sociale referitoare la activitatea de îndeplinire a justiției, care presupun corecta asistare și reprezentare a justițiabililor. Așa cum a reținut doctrina, „fără a reprezenta relații de serviciu, infracțiunea protejează și acele relații care presupun corecta îndeplinire a atribuțiilor unui avocat ori reprezentant al unei persoane în procedurile judiciare sau notariale”⁴. Infracțiunea are, însă, și un obiectul juridic secundar, care constă în relațiile sociale referitoare la realizarea intereselor legitime ale unei persoane care apelează fie la serviciile calificate ale unui avocat, fie la serviciile unui reprezentant⁵.

Exigențele sporite impuse avocatului prin norma de incriminare se corelează cu protecția sporită conferită acestuia prin incriminarea ultrajului judiciar, ceea ce constituie, în mod implicit, și o consolidare a statutului profesiei de avocat, punând-o, din punctul de vedere al protecției penale, pe același nivel cu cea a judecătorului sau a procurorului. Având în vedere că fapta avocatului de a vătăma interesele clientului său printr-o reprezentare sau asistență neloială, în contextul în care, conform dispozițiilor art. 38 alin. (1) din Legea nr. 51/1995, republicată, avocatul nu poate fi asimilat funcționarului public⁶, nu putea fi încadrată într-o eventuală infracțiune de serviciu sau de corupție, rămânând doar „sancționarea disciplinară a avocatului sau angajarea răspunderii sale patrimoniale pe temeiul unei culpe profesionale (malpraxis)”, ar fi fost cel puțin inechitabil, prin

² Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 440 din 24 mai 2018.

³ Publicată pe site-ul Camerei Deputaților – <http://www.cdep.ro/proiecte/2011/100/00/0/em100.pdf>.

⁴ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *Drept penal. Partea specială II. Curs tematic*, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p. 177.

⁵ T. Toader, M. Safta, *Infracțiuni contra îndeplinirii justiției*, în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, Editura Universul Juridic, București, 2016, vol. IV, p. 146. Într-o altă opinie s-a subliniat că această infracțiune protejează în subsidiar și drepturile și interesele persoanelor implicate în procedura judiciară, de natură patrimonială sau nepatrimonială. În acest sens, a se vedea C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 177-178.

⁶ Conform dispozițiilor art. 38 alin. (1) din Legea nr. 51/1995, republicată, „În exercitarea profesiei, avocații sunt parteneri indispensabili ai justiției, ocrotiți de lege, fără a putea fi asimilați funcționarilor publici, cu excepția situațiilor în care atestă identitatea părților, a conținutului sau datei unui act”.

comparație cu situația în care s-ar afla judecătorul sau procurorul care acționează în aceeași manieră⁷. În acest sens, apare ca fiind justificată incriminarea conduitei vătămătoare a avocatului și, respectiv, a reprezentantului unei persoane, legiuitorul penal român având ca sursă de inspirație, așa cum rezultă din Expunerea de motive a noului Cod penal, „reglementările similare ale art. 467 din codul penal spaniol, art. 371 din Codul penal portughez, art. 380 din Codul penal italian și art. § 356 din Codul penal german”, acesta procedând, însă, și de această dată la o „adaptare” a textelor ce au reprezentat sursa sa de inspirație.

Infrațiunea de asistență și reprezentare neloială este reglementată în două variante, una tip, prevăzută de art. 284 alin. (1) C. pen. și una asimilată, prevăzută de art. 284 alin. (2) C. pen.⁸. Într-o altă opinie, s-a susținut că ne-am afla în fața unei forme de bază prevăzute de alin. (1) și, respectiv, a unei forme agravate, prevăzute la alin. (2)⁹. Apreciem că această a doua susținere nu este întemeiată, neexistând niciun element caracterizant care să poată conduce la concluzia că varianta de la alin. (2) este o formă agravată a celei de la alin. (1)¹⁰.

2. Condiții preexistente

Din analiza dispozițiilor art. 284 C. pen. rezultă că subiectul activ al acestei infrațiuni este unul calificat, acesta trebuind să aibă calitatea de avocat (ales sau din oficiu) sau cea de reprezentant al unei persoane.

Avocatul este persoana care își desfășoară activitatea în condițiile Legii nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat. Dacă o persoană pretinde că este avocat și, cu această ocazie, vatămă interesele persoanei pe care o asistă sau o reprezintă în cadrul unei proceduri judiciare, se vor reține alte infrațiuni (de exemplu, exercitarea fără drept a unei profesii, incriminată de art. 348 C. pen. sau înșelăciune incriminată de art. 244 C. pen.), iar nu cea de asistență și reprezentare neloială¹¹.

Reprezentantul unei persoane poate fi atât legal, cât și judiciar sau convențional¹². Reprezentantul legal este persoana care reprezintă o persoană juridică, potrivit actelor constitutive ori reprezentantul legal al unei persoane fizice lipsite de capacitatea de

⁷ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Perspectiva clujeană*, p. 384.

⁸ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 181.

⁹ T. Toader, M. Safta, *op. cit.*, p. 146-147.

¹⁰ Art. 284 alin. (2) C. pen. prevede că fapta se sancționează „cu aceeași pedeapsă” ca și fapta de la alin. (1).

¹¹ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 178.

¹² Art. 80 C. pr. civ., intitulat „Formele reprezentării” prevede: „(1) Părțile pot să exercite drepturile procedurale personal sau prin reprezentant. Reprezentarea poate fi legală, convențională sau judiciară. (2) Persoanele fizice lipsite de capacitate de exercițiu vor sta în judecată prin reprezentant legal. (3) Părțile pot să stea în judecată printr-un reprezentant ales, în condițiile legii, cu excepția cazului în care legea impune prezența lor personală în fața instanței. (4) Când legea prevede sau când circumstanțele cauzei o impun pentru a se asigura dreptul la un proces echitabil, judecătorul poate numi pentru oricare parte din proces un reprezentant în condițiile art. 58 alin. (3), arătând în încheiere limitele și durata reprezentării. (5) Când dreptul de reprezentare izvorăște din lege sau dintr-o hotărâre judecătorească, asistarea reprezentantului de către un avocat nu este obligatorie”.

Art. 88 -96 C. pr. pen. reglementează asistența juridică și reprezentarea în procesul penal.

exercițiu. Reprezentantul judiciar este practicantul în insolvență desemnat de instanță să reprezinte persoana juridică în procesul penal, conform art. 491 alin. (3) C. pr. pen., administratorul judiciar sau lichidatorul unei persoane juridice. Reprezentantul convențional este mandatarul sau consilierul juridic¹³.

Având în vedere calificarea cerută subiectului activ, se poate susține că participația penală este posibilă sub toate formele, cu mențiunea că în ceea ce privește coautoratul, este necesar ca toți participanții să dețină calitatea de avocat sau reprezentant al aceleiași subiect procesual.

Infrațiunea analizată presupune, ca situație premisă, preexistența unei proceduri judiciare ori a unei proceduri notariale. Nu se va reține însă infrațiunea prevăzută de art. 284 C. pen. dacă este vorba de o asistență sau reprezentare neloială desfășurată cu ocazia altor situații juridice care reclamă prezența unui avocat sau a unui reprezentant. Din acest punct de vedere textul art. 284 C. pen. a fost criticat, mai ales prin raportare la dispozițiile art. 356 C. pen. german, care a servit drept model reglementar pentru legiuitorul penal român, în cazul textului german acțiunile neloiale putând fi realizate în orice context de natură juridică în care pot exista părți cu interese contrare, nelimitând aplicarea lui doar în cazul unei proceduri judiciare sau notariale, cum face textul similar din Codul nostru penal, și neprevăzând ca interesele contrare ale părților să apară „formal” în aceeași cauză¹⁴.

Existența infrațiunii se grefează pe preexistența unui raport de reprezentare, „care poate decurge din prevederile legale sau poate consta într-un contract de asistență juridică, un contract de mandat, o hotărâre judecătorească prin care este desemnat lichidatorul judiciar etc.”¹⁵.

3. Condiții de tipicitate obiectivă

Textul art. 284 C. pen. conține două modalități alternative de comitere, „echivalente din perspectiva semnificației lor penale”, infrațiunea fiind, astfel, una cu conținut alternativ¹⁶. Aceste modalități sunt: înțelegerea frauduloasă cu o persoană cu interese contrare în aceeași cauză și, respectiv, înțelegerea frauduloasă cu un terț interesat de soluția ce se va da în cauză.

În ceea ce privește elementul material al variantei de la alin. (1), acesta constă în înțelegerea frauduloasă pe care avocatul sau reprezentantul unei persoane o încheie cu o persoană având interese contrare. Pentru a fi în prezența acestei infrațiuni, este necesar ca înțelegerea astfel încheiată să fie una ocultă, nefiind cunoscută clientului sau persoanei reprezentate¹⁷. Dacă persoana asistată/reprezentată cunoaște conținutul acestei înțelegeri ori dacă, deși ocultă, înțelegerea nu este în detrimentul celui asistat/reprezentat, nu va fi

¹³ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 178.

¹⁴ În acest sens, a se vedea S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Perspectiva clujeană*, p. 385.

¹⁵ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 179.

¹⁶ S. Bogdan, D.A. Șerban, *Drept penal. Partea specială. Infrațiuni contra persoanei și contra înfăptuirii justiției*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 370.

¹⁷ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 179.

îndeplinită condiția privind caracterul fraudulos al înțelegerii, fapta neconstituind infracțiune¹⁸, ea fiind aptă să atragă răspunderea disciplinară a avocatului, consilierului juridic sau practicianului în insolvență ori răspunderea civilă a mandatarului și reprezentantului legal al persoanei fizice sau juridice.

Așa cum s-a susținut în doctrină, „cerința unei înțelegeri frauduloase dintre persoana cu interese contrare și avocatul/reprezentantul celeilalte părți presupune încheierea unui acord (formalizat sau nu) prin care ultimul este de acord să «submineze» interesul clientului său în favoarea primului. Caracterul fraudulos al înțelegerii provine din caracterul ascuns al acesteia față de persoana vătămată apoi prin conduita avocatului/reprezentantului său”¹⁹.

Pentru existența infracțiunii este necesar ca avocatul sau reprezentantul persoanei vătămate să fie abilitat, împuternicit să îl apere, respectiv să reprezinte interesele legale ale persoanei vătămate, în detrimentul căreia încheie înțelegerea frauduloasă, în cadrul unei proceduri judiciare sau notariale²⁰.

Legiuitorul penal român a impus o condiție în textul de incriminare care vizează necesitatea existenței unei contrarietăți de interese între partea asistată/reprezentată de avocat sau de reprezentantul legal, judiciar sau convențional și partea cu care se încheie înțelegerea frauduloasă manifestată „în aceeași cauză”. Utilizarea acestei sintagme, care trebuie înțeleasă în sensul comun, adică, de același cadru procesual privit *lato sensu* (inclusiv în ceea ce privește procedurile notariale), a fost criticată mai ales prin raportare la modelul de la care s-a inspirat legiuitorul român, care este, așa cum am mai arătat, art. 356 din Codul penal german, text care poartă denumirea marginală *Parteiverrat* (Trădarea părții). Textul de incriminare din Codul penal german „este mult mai larg, el sancționând sub forma unei infracțiuni de pericol abstract încălcarea obligației avocatului sau a unui reprezentant legal de a nu oferi asistență juridică *lato sensu* părților între care există un conflict de interese [art. 356 alin. (2)]. Textul nu limitează însă aplicarea sa la condiția ca această conduită neloială să aibă loc în cadrul unei proceduri judiciare sau notariale și nici nu cere ca interesele contrare ale părților să apară «formal» în aceeași cauză”²¹.

Având în vedere paleta activităților reglementate de dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 51/1995²², ar fi fost de dorit, pentru asigurarea unei protecții penale complete,

¹⁸ G. Bodoroncea, *Infracțiuni contra înfăptuirii justiției*, în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.-M. Vasile, *Codul penal. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 604.

¹⁹ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Perspectiva clujeană*, p. 386.

²⁰ T. Toader, M. Safta, *op. cit.*, p. 146.

²¹ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Perspectiva clujeană*, p. 385.

²² Conform dispozițiilor art. 3 alin. (1) din Legea nr. 51/1995, „(1) Activitatea avocatului se realizează prin:

a) consultații și cereri cu caracter juridic; b) asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, a organelor de urmărire penală, a autorităților cu atribuții jurisdicționale, a notarilor publici și a executorilor judecătorești, a organelor administrației publice și a instituțiilor, precum și a altor persoane juridice, în condițiile legii; c) redactarea de acte juridice, atestarea identității părților, a conținutului și a datei actelor prezentate spre autentificare; d) asistarea și reprezentarea persoanelor fizice sau juridice interesate în fața altor autorități publice cu posibilitatea atestării identității părților, a conținutului și a datei actelor încheiate; e) apărarea și reprezentarea cu mijloace juridice specifice a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice

ca legiuitorul nostru să nu limiteze aplicarea textului de incriminare prin utilizarea sintagmei „în cazul unei proceduri judiciare sau notariale”, mai ales că fraudarea intereselor clientului prin încheierea unei înțelegeri cu o persoană cu interese contrare se poate realiza și în afara acestui cadru. Apropierea de textul german similar ar fi asigurat, din punctul de vedere al protecției penale a clientului/reprezentatului, acoperirea întregii activități avocațiale.

De asemenea, textul art. 284 alin. (1) C. pen. ar trebui reformulat și din perspectiva corelării cu dispozițiile art. 45 alin. (1) din Legea nr. 51/1995, republicată, text care dispune că „avocatul nu poate asista sau reprezenta părți cu interese contrare în aceeași cauză sau în cauze conexe și nu poate pleda împotriva părții care l-a consultat mai înainte în legătură cu aspectele litigioase concrete ale pricinii”. Pentru o mai bună corelare a textelor, apreciem că ar trebui înlăturată condiția formală legată de existența intereselor contrare „în aceeași cauză”, putând exista situații în care o cauză complexă, chiar dacă ar putea fi supusă unei unice proceduri judiciare sau notariale, din interese legate de preîntâmpinarea unor împrejurări cu posibilă nuanță infracțională, să fie scindată în cadrul mai multor proceduri judiciare sau notariale²³. În acest sens, este de observat că textul de incriminare al art. 284 alin. (1) C. pen., limitând drastic sfera sa de aplicare, nu va fi incident în situația în care contrarietatea de interese nu apare în aceeași cauză, dar apare în cauze care sunt strâns legate între ele și care fie au fost disjuncte de organele judiciare, fie, intenționat, au fost parcurse proceduri paralele sau succesive pentru ca fapta avocatului sau reprezentantului să nu fie tipică.

Vătămarea pe care o pretinde textul de incriminare se poate realiza prin acțiune – depunerea unor probe compromițătoare pentru client, formularea unor concluzii în detrimentul intereselor clientului, declararea unor căi de atac în afara termenului stabilit – sau prin inacțiune – nedepunerea unei întâmpinări în termenul stabilit, cu consecința imposibilității invocării ulterioare a unor excepții, nedepunerea unor cereri și excepții în procedura camerei preliminare, neînregistrarea unei căi de atac.

În varianta de la alin. (2), înțelegerea frauduloasă se realizează între avocatul sau reprezentantul uneia dintre părți cu un terț interesat de soluția ce se va pronunța în cauză. Spre deosebire de varianta de la alin. (1), în cazul acestei variante nu se solicită ca interesele clientului sau persoanei reprezentate să fie efectiv vătămate, fiind suficientă încheierea înțelegerii frauduloase cu terțul, chiar dacă urmarea nu se produce²⁴, fiind, astfel, suficientă crearea unei stări de pericol²⁵. Această diferență de tratament instituită

și juridice în raporturile acestora cu autoritățile publice, cu instituțiile și cu orice persoană română sau străină; f) activități de mediere;

g) activități fiduciare desfășurate în condițiile Codului civil; h) stabilirea temporară a sediului pentru societăți la sediul profesional al avocatului și înregistrarea acestora, în numele și pe seama clientului, a părților de interes, a părților sociale sau a acțiunilor societăților astfel înregistrate; i) activitățile prevăzute la lit. g) și h) se pot desfășura în temeiul unui nou contract de asistență juridică; j) activități de curatelă specială potrivit legii și Statutului profesiei de avocat; k) orice mijloace și căi proprii exercitării dreptului de apărare, în condițiile legii”.

²³ În acest sens, a se vedea S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Perspectiva clujeană*, p. 387.

²⁴ C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 180; S. Bogdan, D.A. Șerban, *op. cit.*, p. 373.

²⁵ T. Toader, M. Safta, *op. cit.*, p. 147.

de legiuitor a fost criticată în doctrină, apreciindu-se că „în acest caz actul de executare nu va mai fi vătămarea intereselor printr-o conduită neloială, ci realizarea, de către avocat sau reprezentantul legal, a unei înțelegeri frauduloase cu un terț interesat de soluția ce se va pronunța în cauză, în scopul vătămării intereselor clientului sau ale persoanei vătămate. Din acest motiv, fapta va putea fi comisă în această ipoteză doar prin acțiune”²⁶.

S-a mai susținut că nepretinderea unei vătămări, reglementând infracțiunea doar la nivelul unei infracțiuni de pericol abstract și creând, pe cale de consecință, o diferență esențială între varianta de la alin. (1) și cea de la alin. (2), apare cel puțin ca nejustificată. În acest sens, autorii antecitați arată în mod întemeiat că „nu putem înțelege de ce, dacă avocatul se înțelege cu o parte cu interese contrare din proces, fapta este consumată doar dacă se produce efectiv o vătămare a părții reprezentate, pe când, dacă înțelegerea frauduloasă se realizează cu un terț, nu mai este necesară o vătămare efectivă, fapta fiind consumată chiar din momentul înțelegerii frauduloase încheiate în acest scop”²⁷.

Un alt aspect criticat de aceiași autori vizează faptul că la alin. (2) al art. 284 C. pen. nu se mai precizează *expressis verbis* că activitatea neloială trebuie să intervină în cadrul unei proceduri judiciare sau notariale, fiind uzitată sintagma „un terț interesat de soluția ce se va pronunța în cauză”. De aici s-a tras concluzia că „interpretând sistematic textul, apreciem că și în acest caz, conduita trebuie să intervină în cadrul unei proceduri judiciare sau notariale”, neprecizarea acestui aspect fiind catalogată drept „o nouă omisiune involuntară a legiuitorului”²⁸.

În opinia noastră, această omisiune nu poate fi suplinită pe calea interpretării sistematice, care ar conduce practic la adăugarea unei cerințe formale în textul de incriminare. Credem că legiuitorul penal român, în mod indiscutabil, inconsecvent, a preluat modelul din art. 356 alin. (2) din Codul penal german, nemaiimpunând condiția ca înțelegerea frauduloasă să se realizeze în câmpul unei proceduri judiciare sau notariale, ci în orice componentă a activității avocatului sau reprezentantului.

4. Condiții de tipicitate subiectivă

Având în vedere distincțiile mai sus făcute, există o deosebire și la nivel intelectual între cele două variante ale infracțiunii. Astfel, în cazul primei variante, vinovăția cerută este cea a intenției, care poate fi una directă sau una indirectă, câtă vreme, în cazul celei de a doua, intenția poate fi numai una directă calificată prin scop – vătămarea intereselor clientului sau ale persoanei reprezentate²⁹.

Mobilul nu are importanță pentru existența infracțiunii, el putând fi luat în considerare de către instanța de judecată la momentul realizării individualizării judiciare a pedepsei.

²⁶ S. Bogdan, D.A. Șerban, *op. cit.*, p. 374.

²⁷ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Perspectiva clujeană*, p. 385.

²⁸ *Idem*, p. 388.

²⁹ S. Bogdan, D. A. Șerban, *op. cit.*, p. 374; C. Rotaru, A.-R. Trandafir, V. Cioclei, *op. cit.*, p. 180.

5. Concluzii

Infrațiunea de asistență și reprezentare neloială a acoperit o zonă nereglementată la nivel de protecție penală, necesară, în contextul în care, în mod special, avocatul, care are o profesie reglementată și care este un „partener indispensabil al justiției”, beneficia de o protecție penală pe calea infracțiunii de ultraj judiciar, însă nu răspundea penal pentru malversațiuni realizate în exercitarea profesiei, neputând fi nici măcar asimilat funcționarului public.

Cu toate că legiuitorul nostru penal a plecat de la modelul german, s-a îndepărtat de acesta, mai ales în ceea ce privește fapta reglementată în alin. (1) al art. 284 C. pen. Apreciem că textul de incriminare ar trebui revizuit atât în ceea ce privește eliminarea condiției formale legate de existența intereselor contrare „în aceeași cauză, în cadrul unei proceduri judiciare sau notariale”, la care ar trebui să se renunțe, cât și în ceea ce privește punerea în consonanță a celor două variante ale infracțiunii, atât la nivelul cerințelor de tipicitate obiectivă, cât și a celor de tipicitate subiectivă. Credem că textul ar putea fi reformulat de o asemenea manieră încât reglementarea să aibă un singur alineat în care să fie cuprinse ambele variante reglementate în prezent de art. 284 C. pen.

Legal Acculturation and Criminal Law. Between Uniformity and Preservation of Identity

Aculturația juridică ȳi dreptul penal. Între uniformizare ȳi conservarea identitȃpii

Senior lecturer PhD. **Laura STĂNILĂ***
West University, Timișoara, Romania
Faculty of Law

Abstract

European Union is a concept that, despite initial enthusiasm marked by ambitious and inspiring goals, proved to raise problems that could not be solved, despite the best intentions of all involved. The displayed slogan „Unity in diversity” or „Unity without uniformity and diversity without fragmentation” – has proven to be as logically difficult to accept as easy to use, whenever a problem of alignment and uniformity of national laws of the Member States arises.

The legislative area, the issue of aligning national laws with EU law, the issue of configuring EU legislation so as to take into account all the national particularities of the member states, are matters that, with all the good intentions of the European Legislator, are far from being solved. The European space is dramatically facing the phenomenon of legal acculturation, a phenomenon that occurs naturally when multiple social groups, each with its own rules and specificity, interact for a long time. If uniformity, a natural consequence of the phenomenon of legal acculturation, occurred easily in some branches of law, such as national commercial law, other branches of law, namely those belonging to national public law, and in particular national criminal and criminal procedure law – continue to resist.

Keywords: *European Union; legal acculturation; national identity; unity in diversity; criminal law; criminal procedure law; mutual cooperation*

Rezumat

Uniunea Europeană reprezintă un concept care, în ciuda entuziasmului inițial marcat de deziderate ambițioase și înălțătoare, a dovedit că dă naștere la probleme ce nu ar putea fi rezolvate, în ciuda bunelor intenții ale tuturor celor implicați. Sloganul afișat – unitate în diversitate – s-a dovedit a fi, pe cât de greu de acceptat din punct de vedere logic, pe atât de ușor în a fi utilizat ori de câte ori apărea o problemă de aliniere și uniformizare a legislațiilor naționale ale statelor membre.

Domeniul legislativ, problema alinierii legislațiilor naționale la legislația UE,

* laura.stanila@e-uvt.ro.

problema configurării legislației UE în așa fel încât să țină cont de toate particularitățile naționale ale statelor membre reprezintă chestiuni care, cu toate bunele intenții ale legiuitorului European, sunt departe de a fi rezolvate. 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 normal 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 depună rezistență.

Cuvinte-cheie: *Uniunea Europeană, aculturație juridică, identitate națională, unitate în diversitate, drept penal, drept procesual penal, cooperare mutual.*

1. Introduction: Unity in diversity – myth or reality

For so many times now, history has given humanity hard lessons regarding the issue of unifying at all costs communities with fundamental differences, both socially, economically, culturally and religiously, and at the level of mass psychology. Let us just remember the example of the Roman Empire, maybe not the best example, but still..., (27. B.C. - 395 A.C. – when the decline of Western Roman Empire starts. – 1453 A.D. – when the capital of Eastern Roman Empire, Constantinople is conquered by Mehmed). It is obvious that the construction of this Empire Great was made in a completely different manner (*cum manu militari*) than the European Union and that the social and legislative context of those times was altogether very different. The fundamental values of modern society, the desideratum and the standard of respect for human rights and fundamental freedoms, respecting the national identity of the citizens of each state, are just a few of the bricks used in the construction of the European Union. And yet, things started to go wrong in the opinion of some, or in the right direction in the opinion of others¹: the 2016 Brexit gave courage to the actors who were unofficially considered less important, to express their displeasure and to draw attention to the disturbing realities of the European Union. But, as many whisper, this is only the beginning.

The President of the European Council, Donald Tusk, warned that the Warsaw right-wing government could try to push Poland out of the EU if it is no longer a net beneficiary of European funds. As a matter of fact, Poland is in a conflictual relationship with the European Commission on various issues, including the controversial reforms of justice, which have led Brussels to launch disciplinary mechanisms against Warsaw².

¹ BBC News, Brexit: World reaction as UK votes to leave EU, 26.06.2016 http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36614643?ns_mchannel=social&ns_campaign=bbc_breaking&ns_source=twitter&ns_linkname=news_central (accessed 1.05.2018).

² Simona Stupar, „Polonia ar putea organiza un REFERENDUM de tip BREXIT”, published in Evenimentul Zilei, 12.01.2018, <http://evz.ro/polonia-referendum-brexit.html> (accessed 1.05.2018).

Although the economic and financial aspects were both the initial reason for the creation of the Single European Space and the reason for the numerous intra-Union conflicts, more or less obvious for the outsiders, we believe that legislative unification constitutes also an important stress factor, often overlooked by the scholars. The national legislation of each state is a quintessence of the cultural, social, ethnic, religious and moral features that characterize that state. It is also an organized, formal and legitimate response to the wishes and needs of the people, of their expectations during a specific historical period.

National legislation encompasses both an objective component – the regulation of human conduct that is generally adopted by the Legislative Power of that State – and a subjective component, namely that of the attitude of each citizen and of all of them in regard to what the State, by its specific mechanisms, allows or forbids them to do. Therefore, at the time of internal legislative change by imposing external standards, which now constitute the framework for the adoption of internal legislation, the natural reaction at the level of ordinary citizens was that of opposition and resistance. Accepting „suggestions”, recommendations or mandatory provisions which could produce effects at the internal legislation level can only be achieved through ample actions focused on information and education of the population, and we must admit this is, in some states with limited resources, almost impossible.

Restrictions or sanctions, of financial nature or not, imposed by an entity which is viewed as an outsider, artificial, powerful and superior, as a result of internal legislative reforms that do not meet European standards, only increase citizens' resilience and create proper grounds for anti-EU groups.

„Unity in diversity” or „Unity without uniformity and diversity without fragmentation” – as main purpose of EU has proven to be difficult to accept and even more difficult to achieve, especially in the matter of alignment and uniformization of national laws of the Member States.

The strategy of EU to achieve the desideratum of unity began of course with an operation to achieve awareness of existing or aspiring members on cultural differences between nations and to promote an international policy of tolerance towards different cultural features of each State. Toleration policy soon turned into an aggressive promotion of cultural diversity that, surprisingly, has become the key argument for unity: unity in diversity!

On 19th of December 1954, the Council of Europe adopted the European Cultural Convention, which is the basis for cooperation in different social areas, the cultural element being included. *„Each contracting party shall regard the objects of European cultural value placed under its control as integral parts of the common cultural heritage of Europe, shall take appropriate measures to safeguard them and shall ensure reasonable access thereto”³.*

According to art. 2, each Contracting Party shall, insofar as may be possible, encourage the study by its own nationals of the languages, history and civilisation of the

³ Art. 5 of European Cultural Convention.

other Contracting Parties and grant facilities to those Parties to promote such studies in its territory; and endeavour to promote the study of its language or languages, history and civilisation in the territory of the other Contracting Parties and grant facilities to the nationals of those Parties to pursue such studies in its territory.

Respect and promotion of cultural diversity on the basis of Council of Europe values are essential conditions for the development of a society based on solidarity. The document stipulates that measures are to be taken to develop strategies to manage and promote cultural diversity while ensuring the cohesion of societies, to support diversity and artistic creativity, to enhance access to cultural achievements and heritage⁴.

Diversity – with regard of ethnic, religious, cultural and other national features – is in fact the essence of European Union. The possibility of moving, travelling working unrestrictedly across the European territory has led to an increase in cultural mixture, people borrowing habits, patterns of thought, taking over and transferring elements of their own national cultural identity to other „European citizens” themselves.

„Globalisation brought many benefits and material comforts but also demands for fast, technology-based, and different patterns of work. Multinationals move their staff around from one country to another. As the economy develops diverse cultures come into contact. People who work for different companies have to be aware of the fact that they have to comply with the company value system which sometimes might be incompatible with their moral beliefs and ethics”⁵.

Certain irreconcilable cultural differences (especially religious) can generate conflicts or maintain conflicting states despite the concerted efforts of the Member States to overcome them. *„When there is dissimilarity regarding the cultural assumptions, social norms and societal values conflicts may arise. Culture is a whole heritage of traditions, customs, values and norms which people follow unconditionally and there are conflicts even within the same society, between people belonging to the same culture as subcultures have different ethical standards or different interests. It is generally recognized that the knowledge of another culture helps you better understand your own culture. To avoid the collision of cultures all the people, not just the business ones, have to be aware of the dangers of inappropriate conduct”⁶.*

But the obstinate message of „unity” with the result of fading of „diversity” can make EU, and especially some of its member states, look almost ridicule for its excessive efforts. Legislation is one of the most important elements of the State apparatus, The Legislative Authority (Power) being one of the three Authorities in the States based on Rule of Law, according with Montesquieu's Theory of Separation of Powers. Moreover, the separation of powers model is a model of governance for all modern democratic

⁴ Elena Claudia Constantin, *Unity and Diversity in European Culture*, Professional Communication and Translation Studies, 5 (1-2)/2012: 10-16, p. 11. https://sc.upt.ro/images/cwattachments/117_fa1043055ffc4a3f04addf9a5ddd9617.pdf (accessed 1.05.2018).

⁵ Constantin, E. C., *Recognizing Culture in the World of business*, in Superceanu R. & D. Dejica (eds.) Professional Communication and Translation Studies, 2, (1-2): 25-29, 2009, p. 26.

⁶ *Idem*, p. 29.

states. Legislation is a fundamental element of national identity this being the reason for the resilience reaction of nationals against external pressures.

2. The concept of acculturation: cultural and legal dimensions

2.1. Acculturation

Acculturation has many definitions. According to Schwartz „*the concept of acculturation has cultural idiosyncrasies as its core and cultural values as one of the key elements*”⁷.

Other scholars argue that „*acculturation comprehends those phenomena which result when groups of individuals having different cultures come into continuous first-hand contact with subsequent changes in original culture patterns of either or both groups*”⁸. Acculturation refers to a process in which members of one cultural group adopt the beliefs and behaviours of another group. Acculturation determines changes occurred on both the individual and social-collective levels⁹. However the ways in which groups acculturate depend on the dominance patterns. The dominant group is normally the majority in the society and the non-dominant group is a minority group, which usually holds for more than one group.

Under this definition, acculturation is to be distinguished from culture-change, of which it is but one aspect, and assimilation, which is at times a phase of acculturation. It is also to be differentiated from diffusion, which, while occurring in all instances of acculturation, is not only a phenomenon which frequently takes place without the occurrence of the type of contact between people, but also constitutes only another aspect of the process of acculturation¹⁰.

In order to result acculturation, interaction must take pace between groups of population of equal or different sizes. Several factors may influence the process of acculturation, such as: whether contacts are between groups marked by unequal degrees of complexity in material or non-material aspects of culture, or both, or in some phases of either; whether contacts result from the culture-carriers coming into the habitat of the receiving group, or from the receiving group being brought into contact with the new culture in a new region.

The doctrine has identified situations in which acculturation may occur:

1. Where elements of culture are forced upon people or are received voluntarily by

⁷ Seth J. Schwartz, Marilyn J. Montgomery, Ervin Briones, *The Role of Identity in Acculturation among Immigrant People: Theoretical Propositions, Empirical Questions, and Applied Recommendations*, Human Development 2006, 49:1–30, p. 14. https://www.researchgate.net/publication/225028959_The_Role_of_Identity_in_Acculturation_among_Immigrant_People_Theoretical_Propositions_Empirical_Questions_and_Applied_Recommendations (accessed 1.05.2018).

⁸ Robert Redfield, Ralph Linton, Melville J. Herskovits, *Memorandum on the study of acculturation*, American Anthropologist, 38/1936, pp. 149-152, <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1525/aa.1936.38.1.02a00330>, (accessed 1.05.2018).

⁹ Bourhis, R. Y., Moïse, L. C., Pereault, S., & Senécal, S., *Towards an interactive acculturation model: A social psychological approach*, in International Journal of Psychology, 1997, 32: 369-386.

¹⁰ Robert Redfield, Ralph Linton, Melville J. Herskovits, *op. cit.*, p. 152.

them.

2. Where there is no social or political inequality between groups.

3. Where inequality exists between groups, in which case any of the following may result:

a) political dominance by one group, without recognition of its social dominance by the subject group;

b) political and social dominance by one group;

c) recognition of social superiority of one group by the other without the exercise of political dominance by the former¹¹.

The processes of acculturation are based on acts of selection, determination (practical advantages, ethical and religious considerations, rejection), integration (time, conflict, adjustment – modification, interpretation and re-interpretation, displacement, survivals, replacement of old with new, transfer, shift in the cultural paradigm) and psychological mechanisms (hostility, psychic conflict, role of the individual as member of one of the groups, social status)¹².

The result of acculturation may consist in:

1. *Acceptance*: where the process of acculturation eventuates in the taking over of the greater portion of another culture and the loss of most of the older cultural heritage; with acquiescence on the part of the members of the accepting group, and, as a result, assimilation by them not only to the behaviour patterns but to the inner values of the culture with which they have come into contact.

2. *Adaptation*: where both original and foreign traits are combined so as to produce a smoothly functioning cultural whole which is actually an historic mosaic; with either a reworking of the patterns of the two cultures into a harmonious meaningful whole to the individuals concerned, or the retention of a series of more or less conflicting attitudes and points of view which are reconciled in everyday life as specific occasions arise.

3. *Reaction*: where because of oppression, or because of the unforeseen results of the acceptance of foreign traits, contra-acculturative movements arise; these maintaining their psychological force (a) as compensations for an imposed or assumed inferiority, or (b) through the prestige which a return to older pre-acculturative conditions may bring to those participating in such a movement¹³.

2.2. Legal Acculturation

Since any culture has Law as main component, it is obvious that the acculturation phenomenon also produces effects in the legal field.

The legal acculturation, as well as the law-making process, has a multi-factorial determination. In this deterministic process, objective and subjective factors, act together with internal and external ones, natural factors (geographic, biological, physiological,

¹¹ *Idem*, pp. 150-152.

¹² *Ibidem*.

¹³ Robert Redpiel, Ralph Linton, Melville J. Herskovits, *op. cit.*, p. 152.

demographic) and social factors (economic, political, ideological (interests, goals, collective needs, traditions, mentalities, prejudices, habits, theories, etc.), which concern the psychology of the individual (needs, interests, aspirations, goals, attitudes etc.) or psychology of groups or collective psychology (collective needs, interests, traditions, prejudices, habits, taboos).

The most eloquent example of legal acculturation is the one of Ancient Rome, during which time an intense reception of Greek rules occurred, the first codification of legal acculturation being the Constitution of Caracalla¹⁴.

In the Modern Age, legal acculturation has occurred in many cases and consisted of either partial or total legal borrows¹⁵. In general, legal acculturation in this period took place in the newer states, which have been confronted with the problems of modern life the old rules of law had no longer the power to solve. For example, French law was overwhelmingly received in the Romanian Principalities, the Civil Code and the Criminal Code Carol II from 1936 being almost identical copies of the French codes of that period.

Phenomena of intense legal acculturation have occurred in Central and Eastern European countries, which were part of the ex-communist bloc. The legal acculturation was first determined by the fact that under Soviet influence their legislation fully followed the Soviet model (e.g. the Romanian Criminal Code of 1968 was copied after the Russian criminal code of that period). Then, as a result of the fall of totalitarian regimes, their transition to a democratic society implied the abandonment of legal systems based on the values promoted in communism and their replacement with modern law systems, compatible with the legal standards of the end of the XX-th century.

On the other hand, legal systems develop through their mutual contact, due to their need to communicate, to interact¹⁶.

Legal acculturation within a legal system begins to occur where domestic legal solutions prove unsatisfactory and inefficient, followed by identification of a legislative solution belonging to a different legal system to be taken over by incorporation. Acceptance and incorporation is conditioned by a number of factors such as its technical superiority or facile adaptability to internal context.

Last but not least, in the context of the United Europe creation, legal acculturation becomes inevitable by establishing common standards generally applicable to the domestic law of each Member State. However, if the phenomenon of legal acculturation occurs most of the time naturally, forced only in the case of military capitulation and the establishment of a servitude status, in the case of European legal acculturation the phenomenon seems to occur in an intriguing way: Member States accept common European legislative standards by the time of accession to the EU, the possibility to manifest restraints being extremely limited, but, on the other hand, when the national legislation of a member state does not comply with the common standards or is amended for breach of directives or recommendations, economic or other sanctions are applied (see the judicial reform in Poland or Romania). Can this be pure

¹⁴ Doru Silviu Luminosu, Vasile Popa, *Sociologie juridică*, Ed. Helicon, Timișoara, 1995, pp. 317-318.

¹⁵ Henry Levy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 119-120.

¹⁶ Victor Dan Zlătescu, *Mari sisteme de drept în lumea contemporană*, București, Ed. DE CAR COMPLEX, 1992, p. 11.

acculturation or are we facing another phenomenon?

2.3. Acculturation and the Criminal Law

The European space is dramatically facing the phenomenon of legal acculturation, a phenomenon that occurs naturally when multiple social groups, each with its own rules and specificity, interact for a long time. If uniformity, a natural consequence of the phenomenon of legal acculturation, occurred easily in some branches of law, such as national commercial law, other branches of law, namely those belonging to national public law, and in particular national criminal and criminal procedure law - continue to resist.

3. The truth: legal transplant

3.1. General aspects on the issue of legal Transplant

The legal transplantation was understood to be a transfer, across the geopolitical and cultural borders, of power and of the institutional structures. This might be imposed or occur voluntarily; this included legal whole systems or single legal principles. Also, it proposed to be integrated in similar or different cultures. In receiving countries, legal transfers could penetrate the notion of state of law or non-state social institutions. Alternatively, by being superimposed on indigenous juridical structures, many developing countries implemented it in the state's supreme law.

In Ciongaru's view, „*a feature of legal transplant was that it involved a legal system which incorporated a legal norm; either the institution or the doctrine adopted from another legal system. It could refer, also, to the reception of a whole legal system; this could appear in a centralized manner. In order to understand the phenomenon of legal transplantation of a foreign legal norm, there had to be an examination of the existing historical premises around the introduction of foreign law in a particular case. For example, if this was the result of conquest; colonial expansion; or political influence the successful state's legal norm was adopted*”¹⁷.

Over the time legal systems from around the world developed through legal transfers and some of the best legal transplants were held during the military expansion of the Roman Empire. The roman jurists assimilated *jus gentium*, which ought to apply to colonized persons, with *jus naturale* (the law which ought to be respected by all humanity)¹⁸.

The concept of legal transplant, as unusual at it seems, it is not seldom at all. As a matter of fact, it is quite used in the comparative law area with the purpose of comparing

¹⁷ Emilian Ciongaru, *Negative Effects of Incorrect Legal Transplantation of European Union Legislation Procedia*, in *Social and Behavioral Sciences* 2013, 92:186-191, p. 187. https://ac.els-cdn.com/S1877042813027882/1-s2.0-S1877042813027882-main.pdf?_tid=fe5b24db-b548-4673-b9c2-601bdd716da7&acdnat=1525204426_ebf0c230eb2116b3b163ad4382533ec9, also available on www.sciencedirect.com, (accessed 1.05.2018).

¹⁸ *Idem*, p. 188.

and contrasting two legal systems in order to borrow from each other¹⁹.

According to Kahn, one may identify three purposes pursued by those who use foreign law in the process of law making: „Foreign legal systems may be considered first, with the object of preparing the international unification of the law, secondly, with the object of giving adequate legal effect to a social change shared by the foreign country with one’s own country, and thirdly, with the object of promoting at home a social change which foreign law is designed either to express or to produce”²⁰.

Authors argued that, by legal transplants, it should be possible to create a mega-system of law across societies by focusing on the functional purpose of the law for the benefit of other legal institutions which are functionally comparable²¹.

Governments use comparative law for law reform purposes, generally to promote desirable social or legal changes observed to arise from the implementation of such a law in other countries²².

Scholars were not surprised when, in 1990, the XIIIth Congress of Comparative Law, held in Montreal in 1990, devoted a section to „Circulation des modèles juridiques”, in other words, to legal transplants, thus emphasizing the importance and its growing receptivity of the issue of legal transplants²³. Also the issue of the circulation of legal terms was also approached as an important component of legal transplant²⁴.

According to Krol, legal transplants classify as follows: autogenic, isogenic, allogenic and xenogenic²⁵:

a) *Autogenic legal transplants* have no major legal significance because they occur in the national legislation such in case of transplant of a legal concept used in a branch of law to another branch. (E.g. liability of legal person accepted in administrative law was borrowed as regards its arguments in criminal law in Romania).

b) *Isogenic legal transplants* are based on the transfer of the normative content from one system of law to another – sibling system. (E.g. the legal systems of the United States and the European Union. The federal law of the USA as „sister” law of American state

¹⁹ J. C. Gibson, *Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the Australian Legal System*, Reports on the XVIIIth International congress of comparative law on the theme «Legal culture and legal transplants» Washington D.C. 2010, reports presented to the XVIIIth International congress of comparative law on the theme «Legal culture and legal transplants», Jorge A. Sánchez Cordero (ed.) (2011) Volume 1 – Special Issue 1, Article 2, p. 2.

<http://www.districtcourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Legal%20Culture%20and%20Legal%20Transplants.pdf>, (accessed 1.05.2018).

²⁰ O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *Modern Law Review* 1974 37 1:1-27, p. 2, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1974.tb02366.x>, (accessed 1.05.2018).

²¹ J. C. Gibson, *idem*, p. 2.

²² O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 1974 37 *Modern Law Review* 1:1-27, p. 2, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1974.tb02366.x>, (accessed 1.05.2018).

²³ John Cairns, *Watson, Waldon and the History of Legal Transplants*, 2013 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 41:637-696, p. 676.

²⁴ Rodolfo Sacco, *Language and Law*, 2000, *Journal of Legal Hermeneutics*, Translation in law, *Yearbook of Legal Hermeneutics* 5:133-130, pp. 115-116.

²⁵ Malgorzata Krol, *Legal culture and legal transplants. Polish National Report*, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (2011) Volume 1 –Special Issue 1, Article 22, pp. 7-9, <http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat/article/viewFile/55/65>, (accessed 1.05.2018).

systems and the law of the European Union and the systems of the EU member states as "sister" laws – are the source of transplants).

c) *Allogenic legal transplants* consist in the transfer of normative content or a method of legal regulation within different systems of concrete law belonging to the same type of legal culture. (This type of situation can be exemplified with transplants made in the course of harmonizing EU member states law with the law of the European Union, before their formal integration).

d) *Xenogenic legal transplants* are the most characteristic type. They consist in the transfer of normative content to a system from another legal system belonging to a different type of legal culture. The transfer results in a „revolutionary” change of the normative *status quo* in the host system. This mainly impacts indirectly and gradually the social, economic and axiological environment of the host system. Xenogenic transplants cause a normative revolution. E.g. Japanese legal system was reconstructed at the beginning of XXth century through transplants of West European legal regulations (French legislation in substantive and procedural penal law, followed by Prussian and German solutions, and North American regulation after World War II.)

Isogenic and allogenic legal transplants are used in legal systems belonging to the same cultural environment of low identity. The conclusion is that the transplants do not change systems of homogenous culture considerably, do not contribute to their normative revolution and do not affect the configuration of the communication and regulative code of the legal culture. They are not transplants in the strict sense but mere legal borrowings.

Xenogenic legal transplants are used in reference to legal systems belonging to foreign legal cultures. The identity coefficient is high, the transformation of law results in normative revolution, the transplants do affect the communication and regulative mechanisms of legal systems. Such properties are characteristic of legal transplants in the strict sense.

A further classification can be carried out as follows: direct and indirect legal transplants. E.g. *“the Napoleonic Code of 1804, effective in Poland on the territory of Warsaw Duchy since 1808, transplanted as a whole to Poland and binding in its original French version. Indirect transplants are transferred through a third system. Thus, attempts to transplant Roman law through German imperial law were unsuccessful in Poland and the unintentional reception of Roman institutions was carried out through canon law”*²⁶.

3.2. Legal transplant in EU

The issue of legal transplant is essential in the discussion on implementing the *Aquis Comunitaire*. European law and national legislations were in conflict at the moment of the request for membership. Sometimes, even after joining EU, the EU rules, conferred rights and imposed obligations on citizens in contrast with a rule of national law. The solution to this conflict was the very EU purpose – creation of an open and free space and of an European legal order. The incorrect transplantation at a national level of the EU

²⁶ Malgorzata Krol, *op. cit.*, p. 9.

rules"could lead to extensive vulnerabilities both in the legislative area and in the jurisdictional area. The practical inconvenience was reflected mainly in the act of realization of this law's enactment producing a series of difficulties"²⁷.

Article 13, of the European Convention on the Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) was constantly interpreted by European Court of Human Rights (ECtHR), as being the direct expression of the state's obligation, as provided for in Article 1 of the Convention to protect human rights, primarily in its own system of law²⁸. According to this interpretation, Member States were required to implement internal effective means, to adopt clear, unambiguous, uncontradictory, complete, coherent and consistent laws, creating a national legal system, without loopholes of interpretation which provided a full dimension of time and space.

The ECtHR stimulated the principle of subsidiarity and protection of substantive and procedural law with the consequence of the national judge to adopt an active role in a national procedural framework adapted to the requirements of European law. In cases of incorrect legal transplantation of European Union rules, there was the possibility of a conflict between European Union law and national law. The solution, to solve the conflict of laws, was to give priority to the norm of European law and allow it to cancel the effect of national regulations which diverged from European rule²⁹.

4. Romanian criminal law between legal transplant and legal acculturation

In the following we shall present two examples on how the legal transplant occurred in the Romanian legislation.

E.G. 1:

Legal transplant: plea bargaining

Legal acculturation: change in the vision of the Romanian legislator and in case of citizens who need to accept the need of simplification of criminal procedures, Romanian criminal judicial system being overwhelmed by the increasing numbers of offenses requesting important human, economic and time resources - not occurred yet, since some doctrine, despite the numerous advantages of this institution contest its legal reasoning.

Countries struggling with overburdened criminal justice systems (Romania as well) found in the institution of plea bargaining the golden Key of their problems. The US institution of plea bargaining requests a larger process of criminal procedure reform. Plea bargaining, however, is not simply a technical change in process. Scholars emphasized that law providers should consider the consequences of this new procedure beyond simple case

²⁷ Emilian Ciongaru, *op. cit.*, pp. 188-189.

²⁸ *Burdov v. Russia* (no. 2) - 33509/04, Judgment 15.1.2009 [Section I], Article 13 – „*There was no effective domestic remedy, either preventive or compensatory, that allowed for adequate and sufficient redress in the event of violations of the Convention on account of prolonged non-enforcement of judicial decisions delivered against the State or its entities*”. www.echr.coe.int, (accessed 1.05.2018).

²⁹ Emilian Ciongaru, *op. cit.*, p. 190.

processing. „*The introduction of plea bargaining requires legal professionals to adapt to a new way of doing their jobs. It potentially changes how defendants and victims view the system. It also carries the potential to change how the general public views the legal system. This can be of particular concern in countries struggling to establish the rule of law*”³⁰.

The introduction of plea bargaining into civil law countries such consisted not in implementing the same model of plea bargaining as Existing in US but in adapting the institution to fit the national legal system. Doctrine expressed concerns that national criminal justice systems may not adequately adapt plea bargaining processes to address local needs³¹. This successful or not operation of implementation would influence the development of the rule of law³².

Plea bargaining is provided by art. 478-488 RCPC entered into force on 1st Febr. 2014. Numerous issues of interpretation identified in Romanian case-law determined the modification of some of these provisions in 2016³³ to achieve uniformity of national courts decisions.

Result: a not very successful legal transplant.

E.G. 2:

Legal transplant: prevalence of international treaties in the matter of territorial conflict between Romanian criminal rules and international treaties to which Romania agreed to sign.

Result: successful legal transplant

Legal acculturation: principle of open European territory with the consequence of dilution of principle of territoriality of national criminal rules.

Dilution of national identity and independence of the State? (not occurred yet since the public opinion still questions the legitimacy of such a provision, claiming for return to previous regulations, before 2009/2014 when subsidiarity affected only principle of personality, reality and universality governing the application of Romanian criminal rules in space, principle of territoriality being excepted).

Result: acculturation process in progress

In this case could we declare that, by hazard, EU tends to become a Federal State? Where is the desideratum of preservation of national identity in this case.

Could EU Legal Acculturation jeopardize the national identity of member States or their national legal memory is stronger?

³⁰ Cynthia Alkon, *Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems*, *Transnational Law & Contemporary Problems* 19:355-418 (2010), p. 357. Available at: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/268>, (accessed 1.05.2018).

³¹ Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 *Harvard International Law Journal* (2004), pp. 1-64.

³² Cynthia Alkon, *op. cit.*, p. 378.

³³ Modifications by Emergency Ordinance 18/2016 published in Official Monitor of Romania nr. 389/23.05.2016.

5. Concluding remarks

The motto chosen by the European Union in 2000, „United in diversity” signifies how Europeans have come together, in the form of the EU, to work for peace and prosperity, while at the same time being enriched by the continent's many different cultures, traditions and languages³⁴.

The European Union faces the problem of integrating its members into a cohesive social whole. Specialists consider that the challenges EU has to deal with are not easy to surpass since diversity cannot be suppressed and unity cannot be dispersed. The present day European context has to face another reality. The Union is made up of countries, which even in the last century were involved in armed conflicts and now they have to take decisions together. The European Union is aware of the importance cooperation between people, not only at the political and economic level but also at the cultural one; cooperation among people envisages cooperation in all fields³⁵.

The term legal transplant was coined by Scottish-American legal scholar Alan Watson in the 70s to indicate the movement of a rule of law or an entire system of law from one state to another. Legal transplant in most systems occurs as a result of borrowing, legal transplant being one of the most fertile source of legal development. legal transplants are mentioned in the broader process of diffusion of law or legal acculturation. J.W. Powel is credited with coining the world acculturation, first using it in 1880 in a report by the US Bureau of American Ethnography. It involves psychological changes induced by cross-cultural imitation. Nowadays, legal acculturation refers to diffusion of law in the context of globalization³⁶.

Legal acculturation consists in a very complex phenomenon with the result of the changing of national legal status quo, manifesting both at the objective level of changing legal institutions and rules, and at the subjective level of changing minds and thoughts, expectations and individual value systems.

Legal transplant is only a tool, the zero moment that triggers the process of acculturation but does not guarantee its success.

At the national level, the legal transplants are occurring constantly due to the pressures of EU, but the acculturation has not occurred yet, at least not in Romania, the national identity being a too stronger feature of Romanian people.

To this result has contributed also the „superiority” of European organisms which intervened with a threatening attitude every time Romania did not proceed by making changings necessary in the eyes of European Council. Indeed, some of the suggestions were healthy for our legal system, but the manner in addressing them to Romanian

³⁴ Elena Claudia Constantin, *Unity and Diversity in European Culture*, Professional Communication and Translation Studies, 5 (1-2)/2012: 10-16, p. 12. https://sc.upt.ro/images/cwattachments/117_fa1043055ffc4a3f04addf9a5ddd9617.pdf (accessed 1.05.2018).

³⁵ Elena Claudia Constantin, *idem*, p. 12. https://sc.upt.ro/images/cwattachments/117_fa1043055ffc4a3f04addf9a5ddd9617.pdf (accessed 1.05.2018).

³⁶ K.L. Bhatia, *Textbook on Legal Language and Legal Writing*, 2010, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd., New Delhi, India, p. 270.

Government could have been, in our thoughts, different.

Our laws may be changing, but our thoughts, feelings and pride are the same as they were before EU.

Executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în litigii privind contractele de achiziție publică

Enforcement of judgments in disputes concerning public procurement contracts

Lect. univ. dr. **Alin TRĂILESCU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

In this article, the author proposed to examine the procedure for the enforcement of judgments issued in disputes concerning public procurement contracts.

Thus, by virtue of the provisions of Law no. 554/2004 and Law no. 101/2016, both recently modified by Law no. 212/2018, the author has submitted the enforcement of those judgments in the following assumptions: enforcement of judgments handed down by administrative courts in disputes occurring in the preceding stages of the public procurement contracts; enforcement of judgments handed down by administrative courts in disputes related to public procurement contracts and enforcement of judgments issued by civil courts in disputes arising from the execution of public procurement contracts.

Keywords: public acquisitions; court judgments; enforcement

Rezumat

În cadrul acestui articol, autorul și-a propus să analizeze procedura de executare silită a hotărârilor judecătorești pronunțate în litigiile privind contractele de achiziție publică.

Astfel, prin prisma prevederilor Legii nr. 554/2004 și Legii nr. 101/2016, ambele modificate recent prin Legea nr. 212/2018, autorul a prezentat executarea silită a acestor hotărâri judecătorești în următoarele ipoteze: executarea hotărârilor pronunțate de instanțele de contencios administrativ în litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii contractelor de achiziție publică; executarea hotărârilor pronunțate de instanțele de contencios administrativ în litigiile legate de încheierea propriu-zisă a contractelor de achiziție publică și executarea hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțele civile în litigiile care decurg din executarea contractelor de achiziție publică.

* alin.trailescu@e-uvv.ro.

Cuvinte-cheie: achiziții publice, hotărâri judecătorești, executare silită.

1. Preliminarii

*De lege lata*¹, soluționarea litigiilor de achiziții publice este dată atât în competența instanțelor de contencios administrativ, cât și în competența instanțelor civile, primele soluționând procesele de natură administrativă, iar secunde pe cele de natură civilă.

Astfel, instanțele de contencios administrativ soluționează litigiile privitoare la atribuirea și încheierea contractelor de achiziție publică, precum și pe cele care au ca obiect acordarea de despăgubiri pentru pagubele cauzate operatorilor economici în cadrul procedurii de atribuire².

În schimb, instanțele civile soluționează litigiile care decurg din executarea contractelor de achiziție publică, adică pe acelea care au ca obiect rezoluțiunea, rezilierea, denunțarea unilaterală, precum și acordarea de despăgubiri pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale³. Astfel, în funcție de măsurile dispuse cu ocazia soluționării acestor litigii, executarea hotărârilor judecătorești se face potrivit Legii nr. 554/2004, Codului de procedură civilă sau Codului de procedură fiscală.

2. Executarea hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțele de contencios administrativ în litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii contractelor de achiziție publică

¹ Avem în vedere prevederile recente ale Legii nr. 212/2018 pentru modificarea și completarea Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 și a altor acte normative (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 658 din 30 iulie 2018), între care și Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

² Astfel, art. 8 alin. (2), prima teză, din Legea nr. 554/2004 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1154 din 7 decembrie 2004) prevede că: „Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ”. În același sens, art. 49 alin. (2), prima teză, din Legea nr. 101/2016 (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 393 din 23 mai 2016) are următorul conținut: „Competența de soluționare a contestațiilor privind procedurile de atribuire prevăzute la art. 68 din Legea nr. 98/2016 (...) aparține tribunalului în a cărui arie de competență teritorială se află sediul autorității contractante, secția de contencios administrativ și fiscal, prin completuri specializate în achiziții publice”. De asemenea, art. 53 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind anularea sau nulitatea contractelor se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante, prin completuri specializate în achiziții publice”.

³ A se vedea, în acest sens, art. 8 alin. (2), teza a doua, din Legea nr. 554/2004 care prevede că: „Litigiile care decurg din executarea contractelor administrative sunt în competența de soluționare a instanțelor civile de drept comun”. În același sens, art. 53 alin. (1)¹ din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Procesele și cererile care decurg din executarea contractelor administrative se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către instanța civilă de drept comun în circumscripția căreia se află sediul autorității contractante”.

Soluționând aceste litigii, instanța de contencios administrativ poate dispune următoarele măsuri⁴: anularea actelor autorității contractante; suspendarea sau anularea procedurii de atribuire (dacă nu este posibilă remedierea actului atacat); obligarea autorității contractante la emiterea sau remedierea (adică îndreptarea/corectarea) unor acte⁵, la îndeplinirea anumitor operațiuni, precum și la plata de despăgubiri pentru repararea pagubelor cauzate în cadrul procedurii de atribuire. De asemenea, instanța de contencios administrativ poate dispune reevaluarea ofertelor de către autoritatea contractantă⁶ sau, dacă este cazul, atribuirea⁷ contractului către un anumit operator economic.

Dacă nu se conformează hotărârii judecătorești, autoritatea contractantă poate fi silită să îndeplinească obligațiile de a face „*intuitu personae*”⁸ (de a emite unele acte sau de a îndeplini anumite operațiuni) stabilite în sarcina acesteia, precum și să plătească despăgubirile pentru repararea pagubelor cauzate în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Astfel considerăm că, în lipsa unor prevederi speciale ale Legii nr. 101/2016, este aplicabil art. 24 alin. (1) din Legea nr. 554/2004 care prevede că: „Dacă în urma admiterii acțiunii autoritatea publică este obligată să încheie, să înlocuiască sau să modifice actul administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operațiuni administrative, executarea hotărârii definitive se face de bunăvoie în termenul prevăzut în cuprinsul acesteia, iar în lipsa unui astfel de termen, în termen de cel mult 30 de zile⁹ de la data rămânerii definitive a hotărârii”.

⁴ A se vedea, în acest sens, art. 34 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

⁵ Potrivit art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin „act al autorității contractante” se înțelege: „orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...)”. Constatăm că, din nefericire, această definiție legală nu face distincție între noțiunile de „act administrativ” și „operațiune tehnico-administrativă”, deși, în doctrină această distincție este clară în sensul că numai actele administrative produc efecte juridice.

⁶ În acest sens, art. 34 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „În situația în care contestația a vizat rezultatul procedurii de atribuire, iar instanța (curtea de apel, secția de contencios administrativ – n.n.), admitând plângerea (împotriva deciziei CNSC – n.n.), dispune reevaluarea ofertelor, aceasta va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării”. În mod similar prevede și art. 50 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, referindu-se la formularea contestației pe cale judiciară.

⁷ Astfel, art. 34 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, referindu-se la soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei CNSC, prevede că: „Instanța nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației”. Același conținut îl are și art. 50 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, care se referă la formularea contestației pe cale judiciară.

⁸ Obligațiile „*intuitu personae*” sunt acelea „care nu se pot aduce la îndeplinire decât de persoana debitorului” (E. Oprina, I. Gârboș, *Tratat teoretic și practic de executare silită. Vol. I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 906).

⁹ Apreciem oportun ca, *de lege ferenda*, să se reglementeze un termen mai scurt, de 10 zile, pentru executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în aceste litigii, întrucât întreaga procedură reglementată de Legea nr. 101/2016 se caracterizează prin celeritate.

2.1. Întrucât Legea nr. 101/2016 nu conține dispoziții speciale, constrângerea autorității contractante (debitoare) la îndeplinirea *obligărilor de a face „intuitu personae”* se realizează potrivit unei proceduri speciale de executare silită reglementată de art. 24¹⁰ și art. 25¹¹ din Legea nr. 554/2004, care completează¹² Legea nr. 101/2016, această procedură execuțională fiind aplicabilă atunci când autoritatea contractantă este obligată să încheie, să înlocuiască sau să modifice actul administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operațiuni administrative, toate acestea fiind obligații de a face care implică faptul personal al autorității contractante¹³.

¹⁰ Acest articol de lege, denumit „Obligația executării” are următorul conținut:

„(1) Dacă în urma admiterii acțiunii autoritatea publică este obligată să încheie, să înlocuiască sau să modifice actul administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operațiuni administrative, executarea hotărârii definitive se face de bunăvoie în termenul prevăzut în cuprinsul acesteia, iar în lipsa unui astfel de termen, în termen de cel mult 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii.

(2) În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se duce la îndeplinire prin executare silită, parcurgându-se procedura prevăzută de prezenta lege.

(3) La cererea creditorului, în termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită, care curge de la expirarea termenelor prevăzute la alin. (1) și care nu au fost respectate în mod culpabil, instanța de executare, prin hotărâre dată cu citarea părților, aplică conducătorului autorității publice sau, după caz, persoanei obligate o amendă de 20% din salariul minim brut pe economie pe zi de întârziere, care se face venit la bugetul de stat, iar reclamantului îi acordă penalități, în condițiile art. 906 din Codul de procedură civilă.

(4) Dacă în termen de 3 luni de la data comunicării hotărârii de aplicare a amenzi și de acordare a penalităților debitorul, în mod culpabil, nu execută obligația prevăzută în titlul executoriu, instanța de executare, la cererea creditorului, va fixa suma ce se va datora statului și suma ce i se va datora lui cu titlu de penalități, prin hotărâre dată cu citarea părților. Totodată, prin aceeași hotărâre, instanța va stabili, în condițiile art. 892 din Codul de procedură civilă, despăgubirile pe care debitorul le datorează creditorului pentru neexecutarea în natură a obligației.

(5) În lipsa cererii creditorului, după împlinirea termenului prevăzut la alin. (4), compartimentul executării civile al instanței de executare va solicita autorității publice relații referitoare la executarea obligației cuprinse în titlul executoriu și, în cazul în care obligația nu a fost integral executată, instanța de executare va fixa suma definitivă ce se va datora statului prin hotărâre dată cu citarea părților.

¹¹ Acest articol de lege, denumit „Instanța de executare” prevede că:

„(1) Instanța de executare, care în materia contenciosului administrativ este, potrivit art. 2 alin. (1) lit. Ț), instanța care a soluționat fondul litigiului de contencios administrativ, aplică, respectiv acordă sancțiunea și penalitățile prevăzute la art. 24 alin. (3), fără a fi nevoie de investirea cu formulă executorie și de încuviințarea executării silite de către executorul judecătoresc.

(2) Cererile prevăzute la art. 24 alin. (3) și (4) se judecă în camera de consiliu, de urgență, și sunt scutite de taxa judiciară de timbru. Procedura prevăzută la art. 200 și 201 din Codul de procedură civilă nu este aplicabilă. Întâmpinarea este obligatorie și se depune la dosarul cauzei cu cel puțin 3 zile înainte de termenul de judecată. Reclamantul va lua cunoștință de conținutul întâmpinării de la dosarul cauzei. Instanța poate acorda un nou termen de judecată în cazul în care reclamantul solicită amânarea pentru a lua cunoștință de conținutul întâmpinării.

(3) Hotărârile pronunțate în condițiile art. 24 alin. (3) și (4) sunt supuse numai recursului, în termen de 5 zile de la comunicare.

(4) Prevederile alin. (1)-(3) se aplică, în mod corespunzător, și pentru punerea în executare a hotărârilor de contencios administrativ date pentru soluționarea litigiilor ce au avut ca obiect contracte administrative.

¹² Astfel, art. 68 din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Dispozițiile prezentei legi se completează cu prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, ale Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, și cu cele ale Legii nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare”.

¹³ A se vedea, A. Trăilescu, A. A. Trăilescu, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii și explicații*,

În acord cu prevederile art. 24 și art. 25 din Legea nr. 554/2004, constrângerea autorității contractante pentru neîndeplinirea obligațiilor de a face „*intuitu personae*” începe fără intervenția executorului judecătoresc și fără încuviințarea¹⁴ executării silită, însă cu participarea instanței de executare care, spre deosebire de dreptul comun, nu este judecătoria, ci instanța care a soluționat fondul litigiului de contencios administrativ¹⁵. Având în vedere procedura contencioasă reglementată de Legea 101/2016, instanța de executare va fi tribunalul¹⁶, secția de contencios administrativ, în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante, care a soluționat cererea de chemare în judecată și a pronunțat hotărârea care constituie titlul executoriu și formează obiectul executării silită. În schimb, curtea de apel, secția de contencios administrativ, va fi instanță de executare atunci când, prin hotărâre definitivă, soluționează fondul cauzei în urma admiterii plângerii¹⁷ formulate împotriva deciziei CNSC sau, după caz, recursului¹⁸ declarat împotriva hotărârii tribunalului (ca primă instanță sesizată).

Această procedură specială de executare silită presupune parcurgerea a două etape, prima etapă fiind destinată să pună presiune pe autoritatea publică debitoare pentru a se conforma titlului executoriu (reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de contencios administrativ), iar a doua etapă fiind destinată stabilirii unor sancțiuni concrete și despăgubiri pentru neexecutarea benevolă a titlului executoriu¹⁹.

ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p. 319. În același sens, G. Bogasiu, *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 597.

¹⁴ A se vedea, A. Trăilescu, A. A. Trăilescu, *op. cit.*, p. 337.

¹⁵ Astfel, în procedura specială de executare silită reglementată de art. 24 și art. 25 din Legea nr. 554/2004, instanța de executare este „instanța care a soluționat fondul litigiului de contencios administrativ”, așa cum prevede art. 2 alin. (1) lit. Ț) din această lege.

¹⁶ În acord cu art. 49 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, tribunalul, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărui arie de competență teritorială se află sediul autorității contractante, prin completuri specializate în achiziții publice, are competența să soluționeze contestațiile formulate de persoanele care se consideră vătămate, atunci când acestea nu optează pentru procedura administrativ-jurisdicțională.

¹⁷ Astfel, art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerile se soluționează de complete specializate în achiziții publice”. În continuare, art. 34 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Instanța (curtea de apel – n.n.) sesizată cu o plângere împotriva unei decizii prin care Consiliul a soluționat contestația prin soluționarea unei excepții procesuale, admitând plângerea, desființează decizia respectivă și reține cauza spre judecare pe fond, cu luarea în considerare a motivelor care au determinat desființarea deciziei”, iar alin. (4) al acestui articol de lege prevede că: „În cazul în care Consiliul a analizat doar o parte dintre motivele invocate în contestație, iar instanța (curtea de apel – n.n.) consideră că plângerea împotriva deciziei Consiliului este întemeiată, admitând plângerea, reține cauza spre judecare pe fond, analizând motivele de contestație ce nu au format obiectul analizei Consiliului”.

¹⁸ În acest sens, art. 51 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Hotărârea (tribunalului, secția de contencios administrativ, investit cu soluționarea contestației – n.n.) poate fi atacată cu recurs, în termen de 10 zile de la comunicare. Recursul se judecă de secția de contencios administrativ și fiscal a curții de apel, în complet specializat în achiziții publice”. În continuare, art. 51 prevede la alin. (5), că: „În cazul admiterii recursului, instanța de recurs rejudecă, în toate cazurile, litigiul în fond” și, la alin. (6), că: „Hotărârea pronunțată de curtea de apel este definitivă”.

¹⁹ A se vedea, în acest sens, pct. 71 din Decizia nr. 12/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul

a) Astfel, în prima etapă a acestei proceduri execuționale speciale, la care face referire art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, instanța de executare de contencios administrativ, la cererea creditorului²⁰ și dacă reține reaua-credință²¹ a autorității contractante de a se conforma titlului executoriu, stabilește în sarcina conducătorului autorității contractante sau persoanei obligate prin titlu executoriu o amendă²² în cuantum de 20% din salariul minim brut pe economie pe zi de întârziere. De asemenea, la cererea creditorului, instanța de executare stabilește ca autoritatea contractantă să plătească penalități²³ de întârziere în condițiile art. 906²⁴ C. pr. civ., până la executarea

pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 16 mai 2018.

²⁰ Creditorul poate formula cererea de acordare a penalităților și de stabilire a amenzii în temeiul art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 în cadrul termenului general de prescripție extinctivă, de 3 ani, care curge de la expirarea termenului prevăzut în hotărârea judecătorească pentru executarea acesteia sau, în lipsa acestuia, după expirarea termenului de 30 zile de la rămânerea definitivă hotărârii judecătorești.

²¹ Și în doctrina de specialitate s-a arătat că „mecanismul juridic reglementat în art. 24 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 este fundamentat pe premisa neexecutării culpabile a hotărârii judecătorești în termenul prevăzut de lege” (G. Bogasiu, *op. cit.*, p. 599).

²² În jurisprudență s-a decis că, pentru stabilirea amenzii, este necesar ca creditorul să indice numele conducătorului autorității contractante sau persoanei obligate prin titlu executoriu, sub sancțiunea respingerii cererii ca inadmisibilă (C. Ap. Cluj, S. cont. adm. și fisc., S. civ. nr. 178/2010, rămasă definitivă prin nerecurare, în Buletinul Jurisprudenței, Ed. Universul Juridic, București, 2010). Această amendă „procesual-administrativă” reprezintă un „mijloc de presiune și sancționare, pentru a înfrânge rezistența conducătorilor autorităților publice la executarea hotărârilor” (A. Iorgovan, L. Vișan, A. S. Ciobanu, D. I. Pasăre, *Legea contenciosului administrativ. Comentariu și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 357).

²³ Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că aceste penalități „au exclusiv un scop coercitiv, ele nu au un caracter reparator, nu corespund unui prejudiciu produs în patrimoniul creditorului” și că „pentru repararea prejudiciului suferit de creditor ca urmare a neexecutării obligației înscrise în titlul executoriu se acordă despăgubiri în condițiile art. 892 din Codul de procedură civilă” (a se vedea pct. 97 din Decizia nr. 12/2018 a ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept).

²⁴ Acest articol de lege, denumit „Aplicarea de penalități” (în cazul neexecutării obligațiilor de a face *intuitu personae* – n.n.), prevede că:

(1) Dacă în termen de 10 zile de la comunicarea încheierii de încuviințare a executării debitorul nu execută obligația de a face sau de a nu face, care nu poate fi îndeplinită prin altă persoană, acesta poate fi constrâns la îndeplinirea ei, prin aplicarea unor penalități, de către instanța de executare.

(2) Când obligația nu este evaluabilă în bani, instanța sesizată de creditor îl poate obliga pe debitor, prin încheiere definitivă dată cu citarea părților, să plătească în favoarea creditorului o penalitate de la 100 lei la 1.000 lei, stabilită pe zi de întârziere, până la executarea obligației prevăzute în titlul executoriu.

(3) Atunci când obligația are un obiect evaluabil în bani, penalitatea prevăzută la alin. (2) poate fi stabilită de instanță între 0,1% și 1% pe zi de întârziere, procentaj calculat din valoarea obiectului obligației.

(4) Dacă în termen de 3 luni de la data comunicării încheierii de aplicare a penalității debitorul nu execută obligația prevăzută în titlul executoriu, instanța de executare, la cererea creditorului, va fixa suma definitivă ce i se datorează cu acest titlu, prin încheiere, dată cu citarea părților. Creditorul poate solicita fixarea sumei definitive cu titlu de penalități de întârziere după trecerea fiecărui termen de 3 luni în care debitorul nu își execută obligația prevăzută în titlu executoriu, până la stingerea ei completă.

(5) Penalitatea va putea fi înlăturată ori redusă, pe calea contestației la executare, dacă debitorul execută obligația prevăzută în titlul executoriu și dovedește existența unor motive temeinice care au justificat întârzierea executării.

(6) Încheierea dată în condițiile alin. (4) este executorie.

(7) Acordarea de penalități în condițiile alin. (1)-(4) nu exclude obligarea debitorului la plata de despăgubiri,

obligației, dar nu mai târziu de momentul expirării termenului de trei luni²⁵ prevăzut de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, înăuntru cărui autoritatea contractantă are posibilitatea să se conformeze titlului executoriu și să evite plata acestor penalități.

Stabilirea sumei amenzilor și acordarea penalităților se face cu respectarea procedurii²⁶ prevăzute de art. 25 din Legea nr. 554/2004, instanța de executare de contencios administrativ pronunțându-se prin hotărâre care poate fi atacată cu recurs în termen de 5 zile de la comunicare.

Recursul se judecă de instanța de contencios administrativ ierarhic superioară instanței de executare și, în acord cu prevederile art. 20 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, este suspensiv de executare și se judecă de urgență.

Este de precizat că hotărârea instanței de executare de stabilire a amenzii și acordare a penalităților nu este executorie, chiar dacă este definitivă, întrucât creditorul nu poate pretinde încasarea penalităților de la autoritatea contractantă decât după ce instanța de executare fixează suma definitivă a acestora în cadrul celei de a doua etape a acestei proceduri speciale de executare silită.

b) Astfel, în a doua etapă, la care face referire art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, instanța de executare de contencios administrativ, la cererea creditorului²⁷, fixează (calculează²⁸) suma definitivă a penalităților care se cuvin acestuia, precum și a amenzii²⁹

la cererea creditorului, în condițiile art. 892 sau ale dreptului comun”.

²⁵ În acest sens este și Decizia nr. 12/2018 pronunțată de ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin care s-a reținut (la pct. 97) că, după expirarea termenului de 3 luni prevăzut de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, nu mai este previzibilă executarea în natură a obligației de către autoritatea contractantă, motiv pentru care, într-o asemenea situație, executarea în natură a obligației de a face „*intuitu personae*” să va transforma, în mod definitiv, într-o obligație de a da o sumă de bani.

²⁶ Această procedură se particularizează prin aceea că instanța de executare se pronunță de urgență, în camera de consiliu, cu citarea părților, nefiind aplicabile prevederile art. 200 C. pr. civ. referitoare la regularizarea cererii de chemare în judecată. Fiind o procedură urgentă, autoritatea publică debitoare are obligația să depună întâmpinarea cu cel puțin 3 zile înainte de termenul de judecată, creditorul luând cunoștință de conținutul întâmpinării de la dosarul cauzei. Dacă există motive temeinice, instanța de executare poate acorda creditorului un termen de judecată scurt pentru a lua cunoștință de conținutul întâmpinării, astfel încât să îi fie garantat dreptul la apărare.

²⁷ Prin Decizia nr. 12/2018, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a decis că „termenul în care creditorul poate solicita fixarea sumei ce i se datorează de către debitor cu titlu de penalități este termenul de prescripție a executării silite, de 3 ani, reglementat de art. 706 din Codul de procedură civilă, termen care curge de la data executării obligației [în cazul în care aceasta s-a executat de autoritatea contractantă după expirarea termenului de grație de 3 luni prevăzut de art. 24 alin. (4) C. pr. civ. – n.n.] sau, în caz de neexecutare, de la data expirării termenului de trei luni, înăuntru cărui debitorul avea posibilitatea să execute în natură obligația”.

²⁸ Prin Decizia nr. 12/2018 (pct. 98), Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a decis că: „instanța investită cu o cerere întemeiată pe dispozițiile art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 calculează penalități de la momentul indicat în încheierea pronunțată în cadrul procedurii reglementate de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, până la momentul executării obligației prevăzute în titlul executoriu, dar nu mai târziu de data la care se împlinește termenul de trei luni înăuntru cărui debitorul avea posibilitatea să execute în natură obligația”.

²⁹ În lipsa unei cereri a creditorului, instanța de executare stabilește din oficiu amenzile în sarcina

care se face venit la bugetul statului. Totodată, la cererea creditorului, instanța de executare poate obliga autoritatea contractantă la plata de despăgubiri în condițiile art. 892³⁰ C.pr. civ., acestea fiind destinate reparării prejudiciului cauzat prin neexecutarea în natură a hotărârii judecătorești.

Este de subliniat că instanța de executare de contencios administrativ fixează suma penalităților și amenzii numai dacă autoritatea contractantă, fiind de rea-credință³¹, nu pune în aplicare titlul executoriu în termen de 3 luni³² de la data comunicării hotărârii instanței de executare de aplicare a amenzii și acordare a penalităților.

Instanța de executare stabilește suma definitivă a penalităților și amenzii, precum și despăgubirile prin hotărâre dată în procedura contencioasă prevăzută de art. 25 alin. (2) din Legea nr. 554/2004.

Prin derogare de la dreptul comun³³, această hotărâre este supusă numai recursului în termen de 5 zile de la comunicare. Recursul se judecă de instanța ierarhic superioară instanței de executare și este suspensiv de executare potrivit art. 20 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, ceea ce înseamnă că creditorul nu poate urmări autoritatea contractantă pentru plata penalităților decât după ce hotărârea instanței de executare de contencios administrativ rămâne definitivă.

Prin rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de stabilire a sumei finale reprezentând penalitățile și amenzile se încheie procedura specială de executare silită reglementată de Legea nr. 554/2004.

conducătorului autorității contractante sau persoanei obligate prin titlul executoriu (art. 24 alin. 5 din Legea nr. 554/2004).

³⁰ Acest articol de lege denumit „Obligarea debitorului la despăgubiri” are următorul conținut:

„(1) Dacă în titlu executoriu nu s-a stabilit ce sumă urmează a fi plătită ca echivalent al valorii bunului în cazul imposibilității predării acestuia sau, după caz, echivalentul despăgubirilor datorate în cazul neexecutării obligației de a face ce implică faptul personal al debitorului, instanța de executare, la cererea creditorului, va stabili această sumă prin hotărâre dată cu citarea părților, în termen scurt. În toate cazurile, la cererea creditorului, instanța va avea în vedere și prejudiciile ocazionate prin neexecutarea de bunăvoie a obligației, înainte ca aceasta să devină imposibil de executat.

(2) Hotărârea este executorie și este supusă numai apelului. Suspendarea executării acestei hotărâri nu se va putea obține decât cu consemnarea sumei stabilite. Dispozițiile art. 751 și 752 sunt aplicabile în mod corespunzător.

(3) Pe baza cererii prevăzute la alin. (1), creditorul va putea înființa măsuri asigurătorii”.

³¹ Culpa este prezumată în cazul neexecutării hotărârilor judecătorești, însă această prezumție, neavând caracter absolut, poate fi răsturnată (ICCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, Dec. nr. 35/2016, pct. 50).

³² Termenul de 3 luni prevăzut de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 reprezintă un termen de grație stabilit de lege în favoarea autorității contractante pentru ca aceasta să își îndeplinească obligațiile stabilite prin titlul executoriu și, astfel, pentru a evita plata penalităților și amenzilor. În același timp, acest termen de 3 luni este unul prohibitiv, în sensul că, până la expirarea acestuia, creditorul nu poate cere instanței de executare să fixeze suma definitivă a penalităților și amenzii (a se vedea Decizia ICCJ nr. 12/2018, pct. 70 și pct. 83), sub sancțiunea respingerii cererii ca prematură.

³³ În reglementarea procedurii execuționale de drept comun, art. 651 alin. (4) C. pr. civ. prevede că: „Dacă prin lege nu se dispune altfel, instanța de executare se pronunță prin încheiere executorie, care poate fi atacată numai cu apel, în termen de 10 zile de la comunicare”.

c) În acest context, în cazul în care autoritatea publică nu plătește benevol penalitățile de întârziere stabilite în sarcina acesteia, particularul (creditor) poate porni executarea silită potrivit procedurii de drept comun reglementate de Codul de procedură civilă. În acest sens, creditorul se poate adresa executorului judecătoresc competent³⁴ pentru ca acesta să solicite încuviințarea³⁵ executării silite care este de competența judecătoriei în a cărei rază teritorială se află sediul autorității publice debitoare³⁶.

Autoritatea publică debitoare se poate apăra formulând contestație la executare, prin intermediul căreia să solicite anularea actelor de executare silită și a întregii executări silite. Judecarea contestației la executare este de competența instanței de executare de drept comun, adică a judecătoriei, aceasta fiind cea care încuviințează și executarea silită.

În acord cu dispozițiile art. 906 alin. (5)³⁷ C. pr. civ., autoritatea publică debitoare poate solicita, pe calea contestației la executare, înlăturarea ori reducerea penalităților, dacă execută obligația prevăzută în titlul executoriu și dovedește existența unor motive temeinice care au justificat întârzierea executării. Acestui demers al autorității publice debitoare i se poate opune însă efectul pozitiv al lucrului judecat care decurge din hotărârea instanței de executare de contencios administrativ prin care s-a fixat cuantumul

³⁴ Competența executorul judecătoresc se determină potrivit art. 652 C. pr. civ., care are următorul conținut:

„(1) Dacă prin lege nu se dispune altfel, hotărârile judecătorești și celelalte titluri executorii se execută de către executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel, după cum urmează:

a) în cazul urmăririi silite a bunurilor imobile, al urmăririi silite a fructelor prinse de rădăcini și al executării silite directe imobiliare, executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află imobilul;

b) în cazul urmăririi silite a bunurilor mobile și al executării silite directe mobiliare, executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel unde se află domiciliul ori, după caz, sediul debitorului, sau din circumscripția curții de apel unde se află bunurile; în cazul în care domiciliul sau, după caz, sediul debitorului se află în străinătate, este competent oricare executor judecătoresc;

c) în cazul executării silite a obligațiilor de a face și a obligațiilor de a nu face, executorul judecătoresc din circumscripția curții de apel unde urmează să se facă executarea.

(2) Dacă bunurile urmăribile, mobile sau imobile, se află în circumscripțiile mai multor curți de apel, oricare dintre executorii judecătorești care funcționează pe lângă una dintre acestea este competent să realizeze executarea, inclusiv cu privire la bunurile urmăribile aflate în raza celorlalte curți de apel.

(3) Executorul judecătoresc rămâne competent să continue executarea silită chiar dacă după începerea executării debitorul și-a schimbat domiciliul sau, după caz, sediul.

(4) În cazul în care executorul judecătoresc inițial investit de creditor constată că nu sunt bunuri și venituri urmăribile în raza competenței sale teritoriale, creditorul poate cere instanței de executare continuarea executării silite printr-un alt executor judecătoresc, dispozițiile art. 653 alin. (4) aplicându-se în mod corespunzător.

(5) Nerespectarea dispozițiilor prezentului articol atrage nulitatea necondiționată a actelor de procedură efectuate”.

³⁵ Încuviințarea executării silite se face în baza titlului executoriu reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de executare de contencios administrativ prin care s-a fixat suma penalităților de întârziere.

³⁶ În acest sens, art. 651 alin. (1), prima teză, C. pr. civ. prevede că: „Instanța de executare este judecătoria în a cărei circumscripție se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz, sediul debitorului, în afara cazurilor în care legea dispune altfel”.

³⁷ Astfel, art. 906 alin. (5) C. pr. civ. are următorul conținut: „Penalitatea va putea fi înlăturată ori redusă, pe calea contestației la executare, dacă debitorul execută obligația prevăzută în titlul executoriu și dovedește existența unor motive temeinice care au justificat întârzierea executării”.

penalităților; Reamintim că, potrivit art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, instanța stabilește suma fixă a penalităților numai dacă se constată refuzul abuziv al autorității publice debitoare de a pune în aplicare titlul executoriu în termen de 3 luni de la data comunicării hotărârii instanței de executare de contencios administrativ de stabilire a acestor penalități potrivit art. 24 alin. (3) din această lege.

d) De asemenea, în cazul neplății amenzilor, statul, în calitate de creditor, poate porni executarea silită împotriva conducătorului autorității publice sau persoanei obligate prin titlul executoriu; În acest caz, întrucât amenzile se încasează la bugetul statului, având natura de creanțe bugetare, executarea se face potrivit Codului de procedură fiscală, de către executorii fiscali din cadrul organelor fiscale de executare silită, fără a fi necesară încuviințarea executării silită.

Pentru a se apăra, debitorul poate face contestație la executare, judecarea acesteia fiind de competența judecătoriei în a cărei circumscripție se află sediul debitorului.

2.2. Procedura de executare silită a autorității publice debitoare este simplificată în cazul refuzului acesteia de a plăti despăgubirile stabilite prin titlul executoriu³⁸ pentru repararea pagubelor cauzate în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică (reprezentând, de exemplu, cheltuieli de elaborare a ofertei sau de participare la procedura de atribuire).

Astfel, într-o asemenea situație, executarea silită a autorității publice debitoare se face potrivit procedurii execuționale de drept comun, reglementate de Codul de procedură civilă, întrucât, așa cum am arătat, procedura specială de executare silită reglementată de Legea nr. 554/2004 se aplică numai atunci când autoritatea publică este obligată prin titlu executoriu să încheie, să înlocuiască sau să modifice actul administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operațiuni administrative.

În esență, procedura execuțională de drept comun presupune următoarele etape, respectiv: creditorul solicită executorului judecătoresc să înceapă executarea silită; executorul judecătoresc solicită instanței de executare (judecătoriei) să încuviințeze executarea silită în baza titlului executoriu reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de contencios administrativ; executorul judecătoresc efectuează executarea silită în modalitățile prevăzute în încheierea de încuviințare a executării silită³⁹.

3. Executarea hotărârilor pronunțate de instanțele de contencios administrativ în litigiile legate de încheierea contractelor de achiziție publică

a) Fiind investită cu soluționarea acestor litigii, instanța de contencios administrativ

³⁸ Potrivit art. 634 alin. (1) C. pr. civ., art. 53 și art. 55 din Legea nr. 101/2016, titlul executoriu este reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de contencios administrativ și fiscal pronunțată în asemenea litigii.

³⁹ Pentru detalii, a se vedea C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, ed. 9, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 272-282.

poate dispune, după caz: anularea sau constatarea nulității⁴⁰ absolute sau parțiale a contractului de achiziție publică, precum și repunerea părților în situația anterioară încheierii contractului⁴¹, adică obligarea autorității contractante la plata contravalorii lucrărilor, produselor sau serviciilor achiziționate de la operatorul economic (în cazul în care nu există posibilitatea restituirii în natură).

În situații excepționale, instanța de contencios administrativ poate dispune suspendarea executării contractelor de achiziție publică până la soluționarea definitivă a acțiunilor având ca obiect anularea sau constatarea nulității acestora⁴², măsura suspendării contractului fiind executorie la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești⁴³. De asemenea, din rațiuni de protejare a interesului public, instanța de contencios administrativ poate menține contractul de achiziție publică lovit de nulitate, dispunând, în schimb, următoarele sancțiuni alternative, respectiv: limitarea efectelor contractului, prin reducerea termenului de execuție al acestuia; și/sau aplicarea unei amenzi autorității contractante, cuprinsă între 2% și 15% din valoarea obiectului contractului, cuantumul acesteia fiind invers proporțional cu posibilitatea de a limita efectele contractului⁴⁴.

b) În cazul în care autoritatea contractantă nu se conformează titlului executoriu reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de contencios administrativ, în sensul că refuză plata lucrărilor, produselor sau serviciilor achiziționate, creditorul poate porni executarea silită potrivit procedurii execuționale de drept comun, nu potrivit procedurii

⁴⁰ A se vedea art. 58 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 care enumeră, cu titlu exemplificativ, cazurile de nulitate absolută a contractelor de achiziție publică.

⁴¹ În acest sens, art. 58 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „Orice persoană interesată poate solicita instanței de judecată constatarea nulității absolute a contractului/actului adițional la acesta încheiat cu încălcarea condițiilor cerute, după caz, de legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale sau legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii pentru încheierea sa valabilă, precum și repunerea părților în situația anterioară”. În continuare, alin. (2) al acestui articol de lege prevede că: „Instanța de judecată constată nulitatea absolută totală/parțială a contractului/actului și dispune repunerea părților în situația anterioară, în conformitate cu prevederile art. 1.254 alin. (3) din Legea nr. 287/2009”. Acest din urmă articol de lege are următorul conținut: „În cazul în care contractul este desființat, fiecare parte trebuie să restituie celelalte, în natură sau prin echivalent, prestațiile primite, potrivit prevederilor art. 1.639-1.647 (C. civ. – n.n.), chiar dacă acestea au fost executate succesiv sau au avut un caracter continuu”. Aceste prevederi legale se coroborează cu următoarele articole de lege: art. 1635 C. civ. [„Restituirea prestațiilor are loc ori de câte ori cineva este ținut, în virtutea legii, să înapoieze bunurile primite (...) în temeiul unui act juridic desființat ulterior cu efect retroactiv (...)”]; art. 1636 C. civ. [„Dreptul de restituire aparține celui care a efectuat prestația supusă restituirii (...)”]; art. 1638 C. civ. [„Prestația primită sau executată în temeiul unei cauze ilicite sau imorale rămâne întotdeauna supusă restituirii”] și art. 1640 alin. 1 C. civ. „[...] dacă restituirea privește prestarea unor servicii deja efectuate, restituirea se face prin echivalent”].

⁴² Astfel, art. 53 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 prevede că: „În cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, instanța, până la soluționarea fondului cauzei, poate dispune, la cererea părții interesate, prin încheiere motivată, cu citarea părților, suspendarea executării contractului”, această încheiere putând să fie atacată cu recurs în termen de 5 zile de la comunicare, așa cum prevede alin. (3) al acestui articol de lege.

⁴³ Este de subliniat că, așa cum rezultă din art. 53 din Legea nr. 101/2016, hotărârea judecătorească de suspendare a contractului nu este executorie dacă nu a rămas definitivă, spre deosebire de hotărârea de suspendare a actului administrativ unilateral care este executorie chiar dacă este atacată cu recurs, așa cum prevede art. 14 alin. (4) din Legea nr. 554/2004. Această deosebire de reglementare poate fi explicată prin protejarea interesului public pentru care se încheie și se execută contractele de achiziție publică.

⁴⁴ A se vedea, în acest sens, art. 58 alin. (3)-(6) din Legea nr. 101/2016.

speciale de executare reglementată de Legea nr. 554/2004. Așa cum am arătat, aceasta din urmă procedură de executare nu se aplică atunci când autoritatea publică este ținută să îndeplinească obligații contractuale sau legale de a da o sumă de bani⁴⁵ reprezentând despăgubiri, salarii sau cheltuieli de judecată. Într-o asemenea situație, încuviințarea executării silită se face de judecătoria, aceasta fiind instanța de executare de drept comun, în baza titlului executoriu reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de contencios administrativ.

c) De asemenea, în cazul în care autoritatea publică refuză plata amenzilor stabilite prin titlul executoriu (ca sancțiune alternativă la desființarea contractului), aceasta poate fi executată silit potrivit Codului de procedură fiscală, întrucât aceste amenzi se fac venit la bugetul statului, care are calitatea de creditor.

Astfel, executarea silită a autorității publice se face de către executorii fiscali din cadrul organelor fiscale de executare silită în baza titlului executoriu reprezentat de hotărârea definitivă a instanței de contencios administrativ de aplicare a amenzii, fără încuviințarea executării silită și fără intervenția executorului judecătoresc.

4. Executarea hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțele civile în litigiile care decurg din executarea contractelor de achiziție publică

Aceste litigii având ca obiect rezoluțiunea, rezilierea, denunțarea unilaterală și obligarea la plata de despăgubiri pentru neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale se soluționează, în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către instanța civilă de drept comun⁴⁶, aplicându-se procedura de judecată reglementată de Codul de procedură civilă, inclusiv sub aspectul competenței materiale și a căilor de atac.

Așa fiind, măsurile stabilite prin titlul executoriu reprezentat de hotărârea executorie⁴⁷ sau hotărârea definitivă⁴⁸ a instanței civile se duc la îndeplinire potrivit procedurii execuționale de drept comun, reglementată de Codul de procedură civilă, neavând relevanță că debitor sau creditor este o autoritate publică.

Concluzii

⁴⁵ A se vedea, în acest sens, ICCJ, s. cont. adm. și fisc., dec. nr. 4686/2011, în Dreptul nr. 7/2012, p. 216.

⁴⁶ Este competentă teritorial instanța civilă în circumscripția căreia se află sediul autorității contractante sau instanței de la locul încheierii contractului, dacă în acest loc funcționează o unitate ce aparține autorității contractante, în acest sens fiind prevederile art. 53 alin. (1¹) și alin. (1²) din Legea nr. 101/2016. Față de specificul materiei achizițiilor publice, instanța civilă este chemată să analizeze legalitatea și sub aspect formal a actelor administrative unilaterale de reziliere sau denunțare unilaterală a contractelor de achiziție publică.

⁴⁷ În acord cu art. 633 C. pr. civ., hotărârile executorii sunt „1. hotărârile date în apel, dacă prin lege nu se prevede altfel; 2. hotărârile date în primă instanță, fără drept de apel, ori cele în legătură cu care părțile au convenit să exercite direct recursul, potrivit art. 459 alin. (2)”.

⁴⁸ Potrivit art. 634 C. pr. civ., hotărârile definitive sunt acelea care nu mai pot fi atacate cu apel sau recurs, fie pentru că legea nu prevede această posibilitate, fie pentru că a expirat termenul de declarare a căii de atac.

De lege lata, executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în litigii privind contractele de achiziție publică se realizează în funcție de măsurile dispuse cu ocazia soluționării acestor litigii, fiind aplicabile prevederile speciale ale Legii nr. 554/2004, ale Codului de procedură civilă sau Codului de procedură fiscală, după caz.

Sportul – izvor real al dreptului obiectiv

Sport – real source of law

Asist. univ. dr. **Septimiu Ioan PUT***

Universitatea „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca

Facultatea de Drept

Abstract

Athletic activity can not take place outside the law, just like any other human activity. Unlike other social activities, sports movement benefits from a set of specific rules, which are in a relationship of complementarity with the rules of the law.

Today, the law is no longer subject only to the action of the traditional configuration factors, but is the product of the conjugated influence of some novel elements that cause normative regulation. These modern configuration factors, such as mentalities, sports, art, cinema, medicine, and so on have an important role in normative regulation.

Keywords: sources; law; sport

Rezumat

Activitatea sportivă nu se poate desfășura în afara dreptului, la fel ca și orice altă activitate umană. Doar că, spre deosebire de alte activități sociale mișcarea sportivă beneficiază de un set de norme specifice, proprii care se află într-un raport de complementaritate cu normele dreptului obiectiv.

Astăzi dreptul obiectiv nu mai este supus doar unei acțiuni a factorilor de configurare tradiționali, ci este produsul influenței conjugate a unor elemente inedite care provoacă reglementarea normativă. Acești factori moderni de configurare, cum sunt și mentalitățile, sportul, arta, cinematografia, medicina ș.a. au un rol important în reglementarea normativă.

Cuvinte-cheie: izvoare, drept, sport

Despre izvoarele reale ale dreptului pozitiv

Din punct de vedere etimologic, izvoarele dreptului obiectiv reprezintă sursele acestuia, adică ansamblul de factori și condiții eterogene¹ din care dreptul se decantează.

* septimiuput@law.ubbcluj.ro.

¹ J.-L. Bergel, *Theorie generale du droit*, Dalloz, Paris, 2012, p. 60.

Paralelismul formă-fond este observabil și în drept unde distingem între izvoarele reale sau materiale, ca factori de configurare și izvoarele formale, ca expresie a unui drept deja elaborat. Izvoarele dreptului sunt „fie surse ale substanței normelor juridice – factori de timp și spațiu, anumite principii filosofice, morale, religioase, fapte sociale care condiționează orientarea și conținutul dreptului – fie modalități de creare a normelor juridice, forme, procedee și acte solemne prin care aceste norme își dobândesc validitatea”².

Această clivajare este una mai mult logică decât obiectivă, pentru că o lege oarecare nu poate fi descompusă în fond și formă, căci forma fără fond și invers, fondul fără formă, n-ar putea exista separat din perspectiva produsului finit care este legea. În mod necesar, odată configurat dreptul trebuie să se exprime, să se formalizeze, să se exteriorizeze cumva pentru a putea fi opozabil destinatarilor.

Izvoarele reale ale dreptului sunt „realități exterioare sistemului juridic care îi determină conținutul concret”³. Acestea reprezintă un complex de factori în interacțiune: geografici, biologici și demografici; cognitivi și axiologici; politic și economici, respectiv psihologia colectivă⁴. Cu cât dreptul este rezultatul acțiunii concertate a mai multor factori, cu atât este mai bine întemeiat și legitimat în substanța sa, ancorat în realitatea bio-psiho-socio-geografică.

Sportul, ca activitate organizată, reprezintă o condiție sau o premisă socială pentru norma de drept obiectiv care va fi determinată de acest izvor real de drept, dar odată cristalizată va ajunge să guverneze activitatea sportivă în limitele sale publice.

2. Sportul - izvor de energie normativă

Preliminar, se pun în mod legitim câteva întrebări la care vom încerca să oferim cel puțin răspunsuri secvențiale:

Cum creează SPORTUL DREPT?

Care este incidența DREPTULUI în SPORT?

De ce ar fi interesat DREPTUL de SPORT?

Poate SPORTUL să se auto-seteze și auto-managereze, încapsulat, în afara normelor juridice?

Mai întâi, remarcăm faptul că normele sportive sunt expresia puterii normative a federațiilor și au ca finalitate organizarea jocului în diferitele competiții sportive. Din momentul în care sportul este practicat într-un cadru competitiv (semi-profesionist sau profesionist), el este supus normelor statuate în diferitele regulamente ale federațiilor de profil. Participanții la competiție, indiferent dacă au un rol principal sau unul secundar⁵, își asumă prin semnarea regulamentelor și statutelor, obligația de a respecta autoritatea organizatorului. Astfel, puterea de care federațiile dispun cu titlu exclusiv este o putere de organizare, voința unilaterală a federațiilor impunându-se membrilor acesteia.

² S. Popescu, *Introducere în studiul dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 118.

³ D. C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 110.

⁴ Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Teoria izvoarelor dreptului obiectiv*, vol. III, Ed. All Beck, București, 2004, p. 63.

⁵ Prin aceasta desemnând medicii, kinetoterapeuții, antrenorii, personalul administrativ ș.a.

În accepțiunea juridică elementară, dreptul obiectiv reprezintă totalitatea normelor juridice dintr-o societate elaborate, instituite și aplicate de către organe competente ale statului, a căror respectare este obligatorie, fiind asigurate la nevoie prin forța coercitivă a puterii etatice.

În esență, sportul reprezintă o activitate fizică care presupune antrenamente metodice, reguli specifice de practicare și care, prin angrenarea în competițiile organizate, are ca finalitate obținerea unor performanțe.

Sportul reprezintă una dintre cele mai vechi activități ale omului, olimpismul antic, reprezentativ prin spirit și conținut, devenind peste veacuri un simbol care generează energii nebănuite și fonduri financiare uriașe.

Cel puțin în dimensiunea să competitivă, sportul este, înainte de toate, un fenomen instituțional. Aceasta înseamnă că diferitele discipline au apărut și funcționează în cadrul unei varietăți de instituții, constituite în esență de asociații și al căror ansamblu formează mișcarea sportivă. Această mișcare, de natură privată, se află la originea unor numeroase norme sportive ale căror obiect și caractere modelează funcționarea competițiilor. Astfel, sursă regulilor sportive este mișcarea sportivă⁶.

Regulile în materie de sport, pe baza cărora este construit sistemul competițiilor, sunt fondate pe existența unei mișcări extraordinar de bine structurate, ale cărei componente sunt strâns dependente unele de altele.

Apariția sporturilor moderne a fost localizată în spațiu și timp în Anglia la jumătatea secolului al XIX-lea. Prin inițiativa pedagogului Thomas Arnold de a canaliza prin sport ardoarea elevilor în cadrul marilor discipline sportive⁷ precum fotbalul, rugby-ul, boxul sau atletismul și de a favoriza înființarea unor asociații sportive din cadrul *public schools-urilor*, s-a ajuns să fie stabilite seturi de norme aplicabile în plan competițional, dincolo de regulile specifice fiecărui sport în parte. Regulile consacrate nu vizau doar aspectul pur tehnic al jocului, ci și maniera și spiritul în care acesta trebuia practicat. Au fost adoptate încă de la acel moment regulile *fair-play*-ului, ceea ce însemna că sportul reprezenta și reprezintă, dincolo de o simplă activitate fizică, o stare de spirit purtătoare de valori intrinseci⁸.

Se pune o întrebare legitimă: care este incidența dreptului în sport? O asemenea întrebare poate să surprindă astăzi, când activitatea sportivă, în eterogenele forme de manifestare, pare acaparată de drept în cadrul diferitelor sale ramuri. Sportul face obiectul unor dispoziții legislative unitare, în multe legislații europene occidentale, sau disparate, cum este cazul României și indiferent de viziunea legiuitorului pozitiv, contenciosul în materie de sport se află într-o continuă dezvoltare și acumulare, ceea ce poate reprezenta o reală provocare pentru juriști. Sportul reprezintă un stimul puternic al

⁶ Vom observa că aceeași mișcare sportivă este și sursa regulilor publice care reglementează în materie. G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *Droit du Sport*, Presses Universitaires de France, Paris, 2012, p. 11.

⁷ Devenite ulterior „mari” prin criterii precum: numărul practicanților, numărul fanilor, spectatorilor sau telespectatorilor, capitalurile catalizate, salariile sportivilor, sumele de transfer ș.a.

⁸ G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op. cit.*, p. 12.

producției normative și la nivel internațional, printre instituțiile internaționale publice care și-au dovedit preocuparea naturală în problematica specifică sportului fiind ONU, UNESCO, Elveția, chiar dacă discutăm mai ales despre reglementări de tip *soft law*⁹.

Astăzi, sportul înseamnă mai mult decât simpla activare a răspunderii civile sau, rareori a celei penale, sportul intrând în sfera de influență a dreptului comercial, fiscal, financiar, internațional privat sau public, a dreptului muncii ș.a.

Sportul a devenit din ce în ce mai tentant pentru drept. Adoptarea unei reglementări publice speciale în domeniul sportului reprezintă materializarea interesului public în materie, expresia unei preocupări reale a legiuitorului pozitiv de a stabili borne normative în ceea ce privește activitatea sportivă. Dreptul este interesat de sport pentru că acesta reprezintă o activitate socială importantă, cu valențe nebănuite, care îl predispuie la a intra în câmpul de atracție al reglementării publice.

În ce privește reglementarea juridică a activității sportive, a mișcării sportive în general din România, aceasta s-a realizat târziu și imprecis. A trebuit să se aștepte până în 2000 când a fost elaborată și a intrat în vigoare *Legea nr. 69 din 28 aprilie 2000 a educației fizice și sportului*¹⁰. În Franța procesul de reglementare a fost mult mai rapid, însă poate nu atât de rapid în comparație cu evoluția și dinamica mișcării sportive într-un stat mult mai bine dezvoltat economic și pe plan sportiv¹¹.

Asta nu înseamnă totuși că, înainte de aceste intervenții, dreptul a fost inactiv sau inactivat, mai ales că dreptul este un fenomen esențialmente social. Mai mult, a dezvolta o activitate sportivă într-un regim competițional presupune respectarea unor norme și parcurgerea unor operațiuni metodice, tehnice și chiar juridice.

Organizațiile sportive s-au constituit astfel sub forma asociațiilor reglementate ca atare prin *Ordonanța Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații*¹². Apoi, angajarea de către cluburi a unor sportivi a antrenat inevitabil încheierea contractelor de muncă calificate ca atare și beneficiind de reglementările specifice dreptului muncii, direct aplicabile.

Potrivit art. 1 din *Legea nr. 69/2000 a educației fizice și sportului*¹³ aceasta „reglementează organizarea și funcționarea sistemului național de educație fizică și sport în

⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea Fr. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia, F. Rizzo, *Droit du sport*, 3^e edition LGDJ Paris, 2012, pp. 44-52.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 200 din data de 9 mai 2000.

¹¹ În 1975 a fost adoptată prima lege veritabilă privind sportul în Franța. Codul Sportului din Franța în vigoare este divizat în 4 „cărți”: Cartea I, intitulată „Organizarea activităților fizice și sportive”, este compusă dintr-un titlu preliminar care enunță „Principiile generale”, urmat de alte patru titluri tratând „Persoanele publice” (Titlul I), „Asociațiile și societățile sportive” (Titlul II), „Federațiile sportive și Ligile profesioniștilor” (Titlul III) și „Organismele de reprezentare și de conciliere” (Titlul IV). Cartea a II-a, „Actanții sportului”, cuprinde 4 titluri astfel divizate: „Formare și Educație” (Titlul I), „Sportivi” (Titlul II), „Sănătatea sportivilor și lupta împotriva dopajului” (Titlul III), „Lupta împotriva dopajului animal” (Titlul IV). Cartea a III-a tratează „Practica sportivă” în trei titluri: „Locurile de practică sportivă” (Titlul I), „Obligațiile aferente activităților sportive” (Titlul II), „Evenimentele sportive” (Titlul III). Cartea a IV-a regroupează „Dispozițiile diverse” referitoare la „Finanțarea sportului” și la „Dispozițiile aplicabile în afara granițelor țării”. A se vedea G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op. cit.*, p. 47.

¹² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 39 din data de 31 ianuarie 2000.

¹³ Legea principală fundamentală modificată de peste 20 de ori.

România”, acestea fiind „activități de interes național sprijinite de stat”. Art. 2 stabilește că „prin educație fizică și sport se înțelege toate formele de activitate fizică menite, printr-o participare organizată sau independentă, să exprime sau să amelioreze condiția fizică și confortul spiritual, să stabilească relații sociale civilizate și să conducă la obținerea de rezultate în competiții de orice nivel”:

- Educația fizică și sportul școlar și universitar, Educația fizică militară și profesională,
- Sportul pentru toți (ultra-amator), Sportul de performanță,
- Structurile administrației pentru sport,
- Direcțiile pentru tineret și sport județene, municipiul București, Comitetul Olimpic Român,
- Structurile sportive asociative, Asociațiile sportive, Cluburi sportive,
- Asociațiile județene și ale municipiului București pe ramuri de sport,
- Federațiile sportive naționale,
- Ligile profesioniste,
- Controlul și asistența medicală în domeniul educației fizice și sportului,
- Protecția socială a sportivilor de performanță,
- Finanțarea activității sportive,
- Prevenirea violenței în sport și lupta împotriva dopajului,
- Sancțiuni pentru încălcarea normelor juridice imperative ale legii.

Dincolo de enumerarea normativă generoasă, se observă că vocația legii este aceea de a acoperi întreg spectrul sportiv material intern, adică de a aglomera într-o lege specială problemele sistemului național de educație fizică și sport¹⁴.

Dintre multiplele acte normative care reglementează astăzi componente sau premise ale mișcării sportive am selectat câteva. Spre exemplu, *Legea nr. 551/2004 privind organizarea și funcționarea Comisiei Naționale de Disciplină Sportivă*¹⁵ reglementează organizarea și funcționarea unei comisii jurisdicționale naționale competentă în litigiile disciplinare sportive. Comisia funcționează pe lângă Agenția Națională pentru Sport ca organ deliberativ, fără personalitate juridică, independent în exercitarea atribuțiilor jurisdicționale date prin lege în competența sa. Comisia „este competentă să soluționeze recursul formulat împotriva hotărârilor definitive pronunțate, prin epuizarea căilor de atac, de comisiile interne de disciplină sau de alte organisme cu atribuții disciplinare, care sunt organizate și funcționează în cadrul federațiilor sportive naționale, asociațiilor județene și ale municipiului București, pe ramuri de sport, al ligilor profesioniste și Comitetului Olimpic Român, precum și a căilor de atac formulate împotriva hotărârilor Comisiei Naționale de Acțiune împotriva Violenței în Sport”. Interesant este că atribuțiile Comisiei se exercită numai dacă o parte interesată optează pentru această jurisdicție, astfel că utilitatea acesteia este relativizată.

În ceea ce privește filonul de cristalizare a normelor publice care reglementează mișcarea sportivă, nu trebuie să oitem problematica *dopingului* în sport, factor care

¹⁴ Componenta procedurală este evident exceptată, ea fiind reglementată pe de o parte de regulamentele interne, iar pe de altă parte de legea procedurală comună.

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1161 din data de 8 decembrie 2004.

provoacă producție normativă. Astfel, un act normativ aparent colateral fenomenului sportiv, dar extrem de important în context pentru asigurarea condițiilor egale de competitivitate sportivă este reprezentat de *Legea nr. 227/2006 privind prevenirea și combaterea dopajului în sport*¹⁶ care, conform titlului, vizează lupta împotriva doppingului în sport. Legea reglementează organizarea activității anti-doping la nivel național, stabilește substanțele interzise sau metodele interzise care constituie încălcări ale reglementărilor anti-doping, instituie o responsabilitate directă a sportivului în legătură cu conținutul probei sale biologice, stabilește condițiile testării anti-doping, în competiție și în afara competiției, instituind din această perspectivă o reală procedură de urmat. Sigur că în bună măsură prevederile normative publice nu fac altceva decât să confirme reglementările de natură privată pe care Agenția Mondială Antidoping le-a instituit în timp în acest domeniu și pe care agențiile naționale le-au implementat deja în jurisdicțiile lor.

În cadrul normativ al securizării unor competiții sportive curate și non-violente se înscrie și *Legea nr. 4/2008 privind prevenirea și combaterea violenței cu ocazia competițiilor și a jocurilor sportive*¹⁷ care prevede la art. 2 că: „Organizatorii competițiilor și jocurilor sportive și forțele de ordine angrenate au obligația de a asigura protecția și siguranța spectatorilor, sportivilor și oficialilor și de a lua măsuri pentru prevenirea și înlăturarea oricăror incidente ce se pot produce pe traseele de afluire/defluire și în interiorul arenelor sportive, înainte, pe timpul și după terminarea competiției sau a jocului sportiv”. În esență, organizatorii au obligația de a asigura protecția și siguranța spectatorilor, sportivilor și oficialilor în incinta arenelor sportive, în timp ce în proximitatea acestora, respectiv pe traseele de afluire/defluire această obligație este în sarcina jandarmeriei¹⁸.

Una dintre modificările aduse Legii nr. 69/2000 a reprezentat-o Ordonanța Guvernului nr. 38/2017¹⁹ care a fost generată de criza acută de previzibilitate normativă și coerență administrativă în ceea ce însemna finanțarea sportului românesc. Pentru că auditorii publici externi ai Camerelor Curții de Conturi a României „interpretau” diferit legislația pozitivă în diferitele controale financiare derulate, iminența adaptării legislației era evidentă.

În preambulul noului act normativ este explicat contextul de reglementare, precizându-se că: „Structurile sportive de drept public organizate ca servicii în cadrul administrației publice locale nu pot încheia raporturi juridice specifice activității sportive cu sportivii de performanță în condițiile actuale reglementate de Legea nr. 69/2000, cu modificările și completările ulterioare, motivat de faptul că actualul cadru legislativ a condus/conduce la confuzii și interpretări diferite din partea organelor de control și există riscul real al blocării activității sportive de performanță cu efecte negative imediate atât în plan sportiv²⁰.

¹⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 518 din data de 15 iunie 2006.

¹⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 24 din data de 11 ianuarie 2008.

¹⁸ Prezența jandarmilor în proximitatea locurilor de desfășurare a competițiilor sportive este obligatorie în situația în care se desfășoară competiții și jocuri sportive care implică cel puțin un grad mediu de risc potrivit Legii nr. 4/2008 privind prevenirea și combaterea violenței cu ocazia competițiilor și a jocurilor sportive.

¹⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 403 din data de 29 mai 2017.

²⁰ În același sens se mai precizează că: anul bugetar nu coincide cu anul sportiv competițional astfel că este

De reținut este că prin dispozițiile Ordonanței Guvernului nr. 38/2017 au fost introduse două modificări fundamentale. Prima dintre ele este reprezentată de „contractul de activitate sportivă” definit normativ ca fiind „convenția încheiată pentru o durată determinată între structurile sportive și participanții la activitatea sportivă prevăzuți la art. 67¹ alin. (1) lit. a)-c), care are ca obiect desfășurarea unei activități cu caracter sportiv”. Din perspectivă fiscală, „veniturile realizate din contractul de activitate sportivă se încadrează în categoria veniturilor din activități independente prevăzute de Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal”.

A doua modificare de substanță este reprezentată de introducerea la art. 18¹ din Legea nr. 69/2000 a unui nou alineat al cărui conținut normativ este următorul: „autoritățile administrației publice locale pot aloca sume pentru finanțarea activității sportive în limita a max. 5% din bugetul aprobat”. În anul 2018, prin Legea nr. 90/2018²¹ a fost modificat alin. (3) al art. 18¹ în sensul că: „Autoritățile administrației publice locale pot aloca sume pentru finanțarea infrastructurii și activității sportive, potrivit alin. (1) și (2), din bugetul aprobat”, liberalizându-se astfel plafonarea finanțării sportului de către autoritățile publice locale. Chiar dacă *de lege ferenda* s-ar impune realizarea unor pași suplimentari către uniformizarea legislației pozitive care reglementează domeniul sportiv, o transparență efectivă a mișcării sportive, inclusiv în reglementarea neechivocă a criteriilor de departajare și eficiență în jurisdicțiile federale, aceste noutăți legislative punctuale sunt printre cele mai importante din ultimii ani.

Poate SPORTUL să se auto-seteze și auto-managerizeze, încapsulat, în afara normelor juridice?

Evident că nu, doar că supunerea mișcării sportive la dreptul sportului și la dreptul comun în general, cu consecința reglementării reziduale prin norme sportive în interiorul mișcării sportive este una ceva mai complicată. Subordonarea de principiu a normelor sportive față de dreptul etatizat este recunoscută. Totuși, autonomia dreptului sportului este, pe de altă parte, evidentă. Reglementarea publică în materie de sport nu afectează aproape deloc puterea autorităților sportive de a edicta norme nu doar de fond, ci și de procedură. Obiectul dispozițiilor cuprinse în legislația sportului este de a încadra activitatea de așa manieră încât exercitarea sa să se efectueze cu respectarea principiilor libertății, egalității, justiției, responsabilității pe care se sprijină statul de drept. În schimb, reglementarea publică a sportului nu înțelege să se substituie mișcării sportive, care rămâne liberă, cu respectul principiilor generale, să stabilească ea însăși normele sportive adecvate²².

Oarecum bizar, se întâmplă uneori chiar ca legea națională contrară să cedeze în fața „legii sportive”, care este totuși o reglementare privată. De exemplu, orașele care candidează la organizarea Jocurilor Olimpice trebuie să garanteze că legislația națională

necesară intervenția de urgență asupra Legii nr. 69/2000 pentru a se putea asigura un cadrul legal coerent necesar fundamentării bugetului administrației publice centrale și locale pe anul viitor, condiții în care Ordonanța Guvernului nr. 38/2017 reprezintă o intervenție de îndată în sprijinul activităților și structurilor sportive pe plan național și local ce nu suportă amânare și de a cărei aprobare depinde fundamentarea bugetului pe anul viitor atât la nivelul administrației publice centrale, cât și locale.

²¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 335 din data de 17 aprilie 2018.

²² G. Simon, C. Chaussard, Ph. Icard, D. Jacotot, C. de La Mardiere, V. Thomas, *op. cit.*, p. 50.

va respecta Carta Olimpică, la nevoie, modificând legislația națională. În 1998, pentru a obține dreptul de a organiza *Grand Prix*-ul Franței la Formula 1, Franța a trebuit să modifice anumite dispoziții ale legii din 16 iulie 1984, în concordanță cu exigențele FIFA! Se ajunge deci că norma sportivă, normă privată, să prevaleze asupra legii statelor, ceea ce arată puterea și eficacitatea reală a sistemului sportiv²³.

3. Concluzii

Activitatea sportivă nu se poate desfășura în afara dreptului, la fel ca și orice altă activitate umană. Doar că, spre deosebire de alte activități sociale, mișcarea sportivă beneficiază de un set de norme specifice, proprii care se află într-un raport de complementaritate cu normele dreptului obiectiv.

Astăzi dreptul obiectiv, prin dreptul pozitiv – fațeta sa actuală, nu mai este supus doar unei acțiuni a factorilor de configurare tradiționali, ci este produsul influenței conjugate a unor elemente inedite care provoacă producția normativă. Acești factori moderni de configurare, cum sunt și mentalitățile, sportul, arta, muzica, cinematografia, medicina ș.a. au un rol important în activitatea de reglementare normativă.

Este de notorietate că dreptul este dinamic. În dinamica sa specifică, dreptul rămâne în context, raportându-se permanent atât la cadrul social, cât și la evoluțiile științifice. Generalitatea și universalitatea dreptului obiectiv îl angajează într-o misiune permanentă de *update* normativă care urmărește să țină pasul cu dinamica intrinsecă a fenomenului sportiv.

²³ *Idem*, p. 51.

Aspecte practice privind dreptul de a dispune de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării

Practical aspects on the right to adequate time and facilities

*Drd. Alexandrina-Mirela Perian**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The right to adequate time and facilities can be seen as a general provision to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. An opportunity for adequate defence preparation is essential if an effective response to the charge is expected. The first requirement is that the defendant must be informed properly and promptly of the accusation, be allowed timely access to the file and be afforded sufficient time to comprehend the information and subsequently to prepare a proper defence, especially regarding the submission of evidence for the defence.

***Keywords:** adequate time; adequate facilities; effective defence; equality of arms*

Rezumat

Dreptul de a dispune de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării reprezintă o aplicație a principiului conform căruia Convenția nu garantează drepturi care sunt teoretice sau iluzorii, ci drepturi practice și efective. Asigurarea dreptului de a realiza o apărare adecvată este esențială atunci când se așteaptă un răspuns eficient la acuzațiile aduse. Prima condiție este ca acuzatul să fie informat cu promptitudine cu privire la natura și cauza acuzației aduse, să primească acces la dosar în timp util și să aibă suficient timp pentru a înțelege acuzația și ulterior, pentru a pregăti o apărare adecvată, în special prin administrarea probelor în apărare.

***Cuvinte-cheie:** termen rezonabil, facilități rezonabile, apărare efectivă, egalitate de arme*

1. Introducere

Dreptul de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării determină

* alexandrinaperian@yahoo.com.

efectivitatea apărării și asigurarea egalității de arme, fosta Comisie¹ recunoscând că art. 6 parag. 3 lit. b) din Convenție a fost proiectat pentru a restabili egalitatea între apărare și acuzare, necesară pentru echitatea procedurii, idee preluată ulterior de Curte², care a arătat că nerespectarea acestei prevederi suprimă egalitatea de arme. Atât dreptul în discuție, cât și egalitatea procedurală decurg din principiul mai larg consacrat de art. 6 parag. 1, motiv pentru care încălcarea acestora atrage după sine inechitatea procedurii³.

Mergând pe aceeași linie, dreptul de acces la dosar ce decurge din art. 6 parag. 3 lit. b) este expresia principiului acuzatorial al egalității de arme, întrucât conferă posibilitatea acuzatului de a lua cunoștință de observațiile și probele părții adverse. Legătura devine din ce în ce mai evidentă atunci când asigurarea egalității de arme servește la realizarea scopului urmărit de art. 6 parag. 3 lit. b). Prevederea antemenționată asigură obținerea unui deznodământ final corect, conferindu-se apărării o oportunitate adecvată pentru a combate în mod eficient argumentele acuzării și pentru a prezenta cea mai bună versiune a faptelor în vederea aplicării unei pedepse reduse sau chiar în vederea obținerii unei achitări. Se naște, astfel, posibilitatea de a influența în mod egal decizia instanței, posibilitate care creează atât în conștiința acuzatului, cât și în conștiința publicului, percepția că cel cercetat nu a fost plasat într-o poziție de inferioritate în raport cu acuzarea.

2. Conținutul dreptului de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii unei apărări efective

Dreptul la apărare, în ansamblu, nu are capacitatea de a fi efectiv în lipsa respectării dreptului cuprins în art. 10 alin. 2 C. pr. pen care consacră dreptul suspectului sau inculpatului de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării, drept recunoscut prin reglementarea art. 92 alin. 8 C. pr. pen. și în favoarea avocatului pentru apărarea drepturilor clientului său. Textele amintite reprezintă o transpunere în dreptul intern a art. 6 parag. 3 lit. b) din Convenție, text ce garantează dreptul oricărui acuzat de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării, motiv pentru care interpretarea acestora nu se poate face decât în lumina ideilor directoare ale Convenției. Importanța acestui drept se reflectă în necesitatea de a asigura egalitatea de arme între apărare și acuzare, având în vedere că procurorul cunoaște dosarul, întrucât el este cel care l-a constituit prin efectuarea urmăririi penale în cauză, fiind imperios necesar a fi respectat încă de la începerea urmăririi penale *in personam* pentru a da posibilitatea persoanei acuzate să-și pregătească în mod efectiv apărarea.

Dreptul de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării este un drept cu formulare generală care înglobează toate celelalte drepturi protejate sub egida art. 6 parag. 3 din Convenție, fapt reflectat și de împrejurarea că, de cele mai multe ori, atunci când Curtea constată o încălcare a acestuia, apreciază că dreptul la apărare a fost încălcat

¹ Comisia Europeană, *Jesper c. Belgia*, hotărârea din 1981, parag. 70, <https://europa.eu/>.

² C.E.D.O., *Moiseyev c. Rusia*, hotărârea din 9 octombrie 2008, parag. 223, <https://hudoc.echr.coe.int>.

³ C.E.D.O., *Galstyan c. Armenia*, hotărârea din 15 noiembrie 2007, parag. 84, <https://hudoc.echr.coe.int>.

și în alte dimensiuni ale sale⁴. Aceeași concepție este preluată și de legislația internă care leagă dreptul de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării de dreptul la asistență juridică, stabilind prin art. 91 alin. 2 C. pr. pen. că, în situația în care avocatul ales nu se prezintă în mod nejustificat la efectuarea unui act de urmărire penală, iar asistența juridică este obligatorie, organul de urmărire penală ia măsuri pentru desemnarea unui avocat din oficiu care să îl înlocuiască, acordându-i acestuia un termen rezonabil și înlesnirile necesare pentru pregătirea unei apărări efective.

La fel cum întinderea cercetărilor penale pe o durată nerezonabilă afectează echitatea procedurii în ansamblu, așa și accelerarea acestora în mod nejustificat, în detrimentul drepturilor apărării, constituie un afront la adresa art. 6 parag. 3 lit. b) din Convenție⁵. Întrucât organul de urmărire penală este responsabil cu desfășurarea investigației penale, pregătirea cauzei începe, în mod natural, mai devreme pentru acesta decât pentru apărare, motiv pentru care neacordarea timpului necesar pregătirii apărării plasează acuzatul într-o poziție dezavantajată. Termenul rezonabil pentru pregătirea apărării nu este sinonim cu o perioadă de timp egală cu cea de care beneficiază acuzarea, ci presupune timpul necesar pentru fiecare parte raportat la nevoile proprii, însă o inegalitate nerezonabilă este imposibil să conducă la concluzia că acuzatul a beneficiat de timpul necesar pentru pregătirea apărării⁶. Deși Curtea a refuzat să definească conceptul de „timp adecvat pentru pregătirea apărării”, aceasta a precizat că este necesară o apreciere *in concreto*, în funcție de natura cauzei, de complexitatea procedurii⁷ și de prezența unui avocat⁸, însă lipsa solicitării acuzatului de amânare a cauzei nu poate atrage răspunderea statului pentru timpul insuficient în vederea pregătirii apărării⁹. Atunci când acuzatul a desemnat un avocat pentru reprezentarea intereselor sale, timpul adecvat se analizează prin raportare la un avocat cu competență medie pus să acționeze în circumstanțele concrete ale cauzei¹⁰. De asemenea, nu se poate aștepta de la avocatul ales să își dedice tot timpul în vederea pregătirii unui singur caz particular, având în vedere munca desfășurată de avocați în general, ci doar să se aplece cu prioritate asupra cauzelor care implică o reacție imediată¹¹.

O desemnare tardivă a avocatului ales nu poate fi imputabilă statului și nu poate fundamenta o plângere bazată pe împrejurarea că acuzatul nu a beneficiat de timpul

⁴ C.E.D.O., *Bykov c. Rusiei*, parag. 92 privind încălcarea art. 6 parag. 3 lit. b) prin nerespectarea dreptului la tăcere; C.E.D.O., *Salduz c. Turciei*, op. cit., parag. 54-55 privind încălcarea art. 6 parag. 3 lit. b) prin restricționarea dreptului la un avocat încă de la începutul procedurii; C.E.D.O., *Luboch c. Poloniei*, parag. 64 privind încălcarea art. 6 parag. 3 lit. b) prin împiedicarea accesului nerestricționat la dosar, <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵ Comisia Europeană, *Bonzi c. Elveției*, hotărârea din 1978, <https://europa.eu/>.

⁶ Comisia Europeană, *U c. Luxemburg*, hotărârea din 1985, <https://europa.eu/>.

⁷ C.E.D.O., *Albert și Le Compte c. Belgiei*, hotărârea din 10 februarie 1983, <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁸ C.E.D.O., *Bogumil c. Portugalia*, hotărârea din 7 octombrie 2008, parag. 48-49, <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁹ C.E.D.O., *Campbell și Fell c. Marii Britanii*, hotărârea din 28 iunie 1984, <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁰ S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, Oxford, 2005, p. 216.

¹¹ Comisia Europeană, *X și Y c. Belgiei*, hotărârea din 1963, <https://europa.eu/>.

necesar pentru pregătire apărării¹². Totodată, cauzele care presupun schimbarea avocatului implică o reevaluare a timpului acordat pentru pregătirea apărării¹³. Alte criterii de luat în considerare atunci când se evaluează dacă inculpatul a beneficiat de o perioadă de timp rezonabilă pentru pregătirea apărării sunt volumul dosarelor de urmărire penală, precum și importanța unui act pregătitor nerealizat. Sub acest aspect, Curtea a statuat că 20 de zile pentru studierea unui dosar de 17.000 de pagini este insuficient pentru realizarea scopului urmărit de art. 6 parag. 3 lit. b)¹⁴. Se analizează de asemenea și diligența acuzatului, respectiv dacă acesta a încercat să remedieze dezavantajul în care a fost plasat la momentul la care a sesizat că timpul de pregătire al cauzei este inadecvat, prin solicitarea unei amânări. O conduită lipsită de diligență a celui cercetat intră sub incidența art. 35 alin. 1 din Convenție care prevede drept condiție de admisibilitate pentru sesizarea Curții epuizarea tuturor căilor de atac interne, întrucât statului trebuie să i se confere posibilitatea de a-și îndrepte erorile judiciare comise prin intermediul forurilor sale interne¹⁵. La rândul său, statul trebuie să demonstreze că acuzatul avea dreptul, atât potrivit legii, cât și în practică, la o amânare a cauzei în vederea pregătirii apărării și că aceasta putea fi acordată efectiv, la cerere¹⁶, sau în lipsa reglementării exprese, că organele judiciare iau în calcul suspendarea procedurii din oficiu ori de câte ori apărarea nu beneficiază de timpul necesar pentru pregătirea cauzei¹⁷.

Atunci când analizează dacă a existat o încălcare a art. 6 parag. 3 lit. b) din Convenție, Curtea verifică dacă acuzatului i s-a produs un prejudiciu ca urmare a nerespectării timpului necesar pentru pregătirea apărării. Astfel, chiar dacă avocatul a fost numit cu puțin timp înainte de audiere, Curtea a considerat adecvată perioada cuprinsă între desemnare și actul procedural îndeplinit, întrucât acuzatul nu a reușit să probeze producerea unui prejudiciu prin conduita organelor judiciare¹⁸. Accelerarea procedurilor în cazul infracțiunilor grave aduce atingere dreptului la apărare, însă în cazul infracțiunilor minore, această conduită a organelor judiciare poate fi considerată legitimă în vederea determinării efectivității actelor de cercetare desfășurate în cauză¹⁹. Dacă încadrarea juridică a faptelor se schimbă pe durata cercetărilor sau dacă se descoperă fapte noi, organele de urmărire penală trebuie să manifeste toleranță și să acorde timpul necesar apărării pentru a combate faptele în noua versiune²⁰.

Referitor la facilitățile necesare pregătirii apărării, acestea reclamă punerea la dispoziția

¹² *Ibidem*.

¹³ Comisia Europeană, *Goddi c. Italiei*, hotărârea din 1984, parag. 31, <https://europa.eu/>.

¹⁴ C.E.D.O., *Ocalan c. Turciei*, hotărârea din 2005, parag. 148, <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁵ Comisia Europeană, *Murphy c. Marea Britanie*, hotărârea din 1972, <https://europa.eu/>.

¹⁶ C.E.D.O., *Galstyan c. Armeniei*, hotărârea din 15 noiembrie 2007, <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷ Comisia Europeană, *Goddi c. Italiei*, hotărârea din 1984, parag. 31, <https://europa.eu/>.

¹⁸ C.E.D.O., *Kremzov c. Austriei*, hotărârea din 1993, parag. 50, <https://hudoc.echr.coe.int>. Pentru o opinie contrară, în sensul că prejudiciul nu ar trebui să constituie un criteriu de evaluare a garanției instituite de art. 6 parag. 3 lit. b) din Convenție a se vedea Harris, O'Boyle și Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, ed. a 3-a, OUP, Oxford, 2014, p. 471.

¹⁹ C.E.D.O., *Borisova c. Bulgariei*, hotărârea din 21 decembrie 2006, parag. 40, <https://hudoc.echr.coe.int>.

²⁰ C.E.D.O., *Mattocchia c. Italia*, hotărârea din 25 iulie 2000, parag. 67, <https://hudoc.echr.coe.int>.

suspectului/inculpatului a mijloacelor materiale și juridice adecvate pentru a restabili echilibrul între apărare și acuzare. La fel ca în cazul analizei termenului rezonabil pentru pregătirea apărării, egalitatea de arme nu reclamă acordarea aceluiași facilități apărării și acuzării, ci doar a facilităților necesare pentru pregătirea cauzei în mod efectiv. Sub acest aspect, statele au atât obligația pozitivă de a asigura facilitățile necesare, cât și obligația negativă de a nu împiedica accesul la facilitățile disponibile. Prezența prejudiciului este definitorie în evaluarea respectării acestei garanții, sarcina probei revenind acuzatului atunci când facilitatea reclamată apare neesențială *prima facie*. Cu toate acestea, revine statului să probeze lipsa prejudiciului atunci când facilitatea apare indispensabilă pentru echitatea procedurii în lumina circumstanțelor concrete ale cauzei.

În concret, acordarea facilităților necesare pregătirii apărării presupune posibilitatea acuzatului de a comunica în mod liber cu avocatul său, posibilitatea de a avea cunoștință de rezultatul investigațiilor – liberul acces la dosar –, dreptul de a fi informat cu privire la stadiul procedurilor, dreptul de a participa efectiv la actele de urmărire penală, dreptul la tăcere precum și dreptul de a contesta actele și măsurile luate pe parcursul urmăririi penale.

Chiar dacă nu este reglementat în mod expres de legislația procesual penală, suspectul sau inculpatul are dreptul de a fi prezent la efectuarea actelor de urmărire penală și de a participa activ în proces în vederea pregătirii apărării. Aceasta presupune că el are o largă viziune asupra naturii și a mizei procesului și că înțelege severitatea pedepsei la care este expus. Ca situație premisă, suspectul/inculpatul trebuie să aibă posibilitatea să expună propria versiune a faptelor și să combată argumentele acuzării, singur sau prin intermediul unui avocat, însă nu în toate circumstanțele, prezența acestuia din urmă poate compensa lipsa acuzatului²¹. În atare condiții, asigurarea prezenței inculpatului la cercetarea la fața locului, efectuarea expertizei și prin intermediul unui expert parte sau alte asemenea garanții procedurale puternice se dovedesc a fi definitorii pentru eficiența criticilor apărării aduse la adresa acuzării. Deși Curtea a subliniat importanța participării efective a suspectului în proces, aceasta a arătat că manifestarea sa în sens contrar nu ar trebui pedepsită prin privarea de dreptul la asistență juridică²².

Curtea a constatat încălcarea art. 6 parag. 3 lit. b) din Convenție sub aspectul neacordării facilităților necesare în vederea pregătirii apărării atunci când pe perioada detenției, acuzatul a fost supus unor tratamente inumane și degradante, fapt ce a alterat facultatea sa de concentrare în orele ce au precedat audierea²³. S-a mai apreciat că accesul la dispozițiile legale pentru un acuzat deținut în cursul procesului poate fi o facilitate rezonabilă atunci când acesta decide să își realizeze singur apărarea²⁴.

Fără a fi reglementat expres de Convenție, dar stipulat în art. 89 alin. 2 C. pr. pen., dreptul de a comunica în mod liber cu avocatul este un drept esențial în pregătirea apărării,

²¹ *Idem*, parag. 88.

²² C.E.D.O., *Lala c. Olandei*, hotărârea din 22 septembrie 1994, parag. 30-34, <https://hudoc.echr.coe.int>.

²³ C.E.D.O., *Moiseyev c. Rusiei*, hotărârea din 9 octombrie 2008, parag. 221, <https://hudoc.echr.coe.int>.

²⁴ Comisia Europeană, *Ross c. Marea Britanie*, hotărârea din 1986, parag. 184, <https://europa.eu/>.

care poate fi supus unor restricții rezonabile²⁵.

3. Dreptul de acces la dosar

Dintre toate facilitățile amintite anterior, dreptul de acces la actele dosarului este de departe cel mai important și mai menționat în jurisprudența Curții, iar dispozițiile interne în materie trebuie interpretate în lumina celor statuate de Curte.

Astfel, art. 94 C. pr. pen. stabilește dreptul suspectului/inculpatului și al reprezentantului acestuia de a consulta dosarul cauzei în cursul urmăririi penale, drept care nu este absolut și care poate fi restricționat pentru motive ce țin de buna desfășurare a urmăririi penale. Acesta presupune dreptul de a studia actele dosarului, dreptul de a nota date din dosar, precum și de a obține fotocopii pe cheltuiala acuzatului, iar după punerea în mișcare a acțiunii penale, acesta nu poate fi restricționat pentru o durată mai mare de 10 zile în vederea asigurării apărării. În cauza Beraru c. României, Curtea a reținut că avocații inculpatului nu au avut inițial acces la rechizitoriu, fapt ce a cauzat dificultăți în pregătirea apărării și i-a determinat pe aceștia să renunțe la mandatul de reprezentare²⁶. Accesul la dosar trebuie să fie asigurat într-un termen rezonabil, fără ca aceasta să înlăture obligația acuzării de a informa suspectul prompt și detaliat cu privire la acuzațiile aduse²⁷.

În lumina dispozițiilor convenționale, organele judiciare au obligația să pună la dispoziția acuzatului toate informațiile și probele materiale ce servesc la pronunțarea unei soluții de orice natură în cauză, indiferent dacă acestea sunt relevante sau nu²⁸. Important este nu doar obiectul divulgării, ci și perioada de timp în care, după strângerea unor probe, acestea sunt aduse la cunoștința celui cercetat. Este în interesul acestuia ca toate probele materiale să fie aduse la cunoștința sa încă din momentul efectuării în continuare a urmăririi penale *in personam* însă standardul convențional este diferit. Acesta obligă acuzarea să asigure accesul la dosar astfel încât apărarea să beneficieze de un termen rezonabil pentru pregătirea cauzei și nu imediat după formularea unei acuzații penale. Obligația de a asigura accesul la dosar este continuă, în funcție de probele administrate în diferite stadii ale procedurii, neputându-se considera în mod rezonabil că acuzatul a avut posibilitatea de a se apăra dacă acesta a luat cunoștință doar de anumite probe pe care a putut efectiv să le și combată. Probele materiale strânse în cursul urmăririi penale ar trebui puse atât la dispoziția avocatului, cât și a clientului său, întrucât dacă primul are abilitatea de a verifica acuratețea administrării acestora în conformitate cu dispozițiile legale, cel de-al doilea este chemat să constate acuratețea factuală.

Accesul la dosar servește la atingerea unei egalități procedurale, iar încunoștințarea

²⁵ Comisia Europeană, raportul din 12 iulie 1984, parag. 52, <https://europa.eu/>. S-a reținut că împiedicarea comunicării libere dintre avocat și clientul său cu privire la declarațiile martorilor audiați nu este contrară art. 6 parag. 3 lit. b), atunci când are ca scop păstrarea anonimatului.

²⁶ C.E.D.O., hotărârea din 18 martie 2014, <https://hudoc.echr.coe.int>.

²⁷ C.E.D.O., *Bogumil c. Portugalia*, hotărârea din data de 7 octombrie 2008, parag. 46-49, <https://hudoc.echr.coe.int>.

²⁸ C.E.D.O., *V c. Finlandei*, hotărârea din 24 aprilie 2007, parag. 74, <https://hudoc.echr.coe.int>.

în avans cu privire la probele materiale și la informațiile strânse în cursul urmăririi penale servește la pregătirea unei apărări efective cu privire la chestiunile ce se pot ridica în fața instanței de judecată²⁹. Jurisprudența Curții privind egalitatea de arme în contextul plângerilor privind liberul acces la dosar se împarte în două categorii. Pe de o parte, este vorba despre împiedicarea liberului acces la informații, iar pe de altă parte, se pune problema încălcării egalității de arme prin împietarea accesului la probele materiale strânse.

Astfel cum am arătat anterior, dreptul de acces la dosar nu este o cerință absolută pentru echitatea procedurii³⁰, putând fi, în mod legitim, restricționat pentru a proteja drepturile fundamentale ale altui individ³¹ sau un interes public important³². În această materie, Curtea realizează o reinterpretare a principiilor dezvoltate sub art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție, arătând că restricționarea drepturilor apărării trebuie să fie strict necesară și să fie suficient contrabalansată de alte facilități puse la dispoziția acuzatului pentru a evita prejudicierea acestuia³³. De cele mai multe ori, probleme de echitate a procedurii ridică probele cu privire la care decizia de restricționare a fost luată doar în baza inițiativei procurorului, fără ca aceasta să fie supusă cenzurii unui judecător. S-a recunoscut faptul că o asemenea procedură nu poate satisface testul strictei necesități, fiind de natură să plaseze apărarea într-o poziție dezavantajată față de acuzare, prin faptul că aceasta din urmă acționează ca un judecător, depășindu-și atribuțiile pe care le are în cadrul procesului penal³⁴.

4. Marja de apreciere a procurorului în încuviințarea probelor solicitate. Compatibilitate cu principiul egalității armelor

În cursul urmăririi penale, organul de urmărire penală are obligația de a strânge și de a administra probe atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului sau inculpatului, din oficiu ori la cerere, obligația nefiind absolută, existând obligația de a administra doar acele probe care sunt necesare pentru a dispune trimiterea în judecată, conform art. 327 alin. 1 C. pr. pen. În același sens, cererea privitoare la administrarea unor probe formulată în cursul urmăririi penale se admite ori se respinge, motivat, de către organele judiciare. Sub acest aspect, se observă că interferează două drepturi aflate la poli opuși: pe de o parte, dreptul procurorului de a censura o probă propusă de suspect/inculpat atunci când aceasta nu este utilă soluționării cauzei, iar pe de altă parte, dreptul acestuia din urmă la apărare, care se manifestă și prin administrarea probelor propuse pentru dovedirea nevinovăției sale.

De plano, procurorul are abilitarea legală de a respinge încuviințarea unei probe solicitată în apărare, lucru firesc având în vedere rolul acestuia în desfășurarea urmăririi

²⁹ Epp J.A., *Building on the Decade of Disclosure in Criminal Procedure*, Ed. Cavendish, Londra, 2007, p. 31-32.

³⁰ Comisia Europeană, *Klass și alții c. Germaniei*, hotărârea din 1978, parag. 48, <https://europa.eu/>.

³¹ Imperativul protejării martorilor amenințați poate justifica restricționarea accesului la dosar.

³² Necesitatea utilizării metodelor speciale de cercetare și supraveghere este, de asemenea, un motiv suficient pentru restricționarea accesului la dosar.

³³ C.E.D.O., *Rowe și Davis c. Marea Britanie*, hotărârea din 2000, parag. 61, <https://hudoc.echr.coe.int>.

³⁴ *Ibidem*.

penale, însă această prerogativă trebuie exercitată cu precauție. Astfel, de fiecare data când, analizând criteriile de admisibilitate a probelor, procurorul va constata că acestea nu sunt relevante, concludente sau utile, le va respinge, precizând motivele care au condus la adoptarea acestei soluții. Este important de menționat că motivele care conduc la respingerea unei probe în apărare trebuie să fie temeinice, în caz contrar, suspectul/inculpatul fiind grav vătămat în drepturile sale procesuale, îndeosebi din perspectiva egalității de arme și a dreptului de a beneficia de facilitățile necesare în vederea pregătirii apărării. Obligația procurorului în cursul urmăririi penale este deopotrivă calitativă și cantitativă, întrucât acesta trebuie să își asume și să conștientizeze necesitatea administrării probelor în apărare și totodată, să analizeze în ce măsură administrarea unei probe poate conduce la aflarea adevărului în cauză. Sub acest aspect, Curtea a reținut că respingerea solicitării de a încuviința proba cu expertiza nu este incompatibilă cu prevederile art. 6 parag. 3 lit. b), dacă instanța a constatat că nu este concludentă în cauză³⁵. La polul opus, s-a constatat încălcarea dreptului la apărare și a egalității de arme procesuale, atunci când rechizitoriul a fost întocmit înainte ca inculpatul să primească ordonanța procurorului prin care au fost respinse toate probele solicitate, acuzatul fiind plasat într-o poziție în care nu și-a putut prezenta cauza fără să fie dezavantajat față de acuzare³⁶. Celeritatea sau costurile procedurilor penale nu constituie motive temeinice pentru a justifica respingerea cererii de administrare a unei probe, acestea nefiind singurele principii care guvernează urmărirea penală și nici cele care prevalează³⁷.

Respingerea tuturor cererilor în probațiune formulate de apărare și administrarea probelor doar din oficiu poate ridica mari semne de întrebare cu privire la respectarea egalității de șanse. Deși dreptul la un proces echitabil se analizează în ansamblul cauzei, conform principiilor instituite de Curtea E.D.O în jurisprudența sa, o asemenea strategie procedurală a organelor de urmărire penală poate genera o situație flagrantă de inechitate, care doar în anumite cazuri, poate fi contrabalansată prin administrarea probatoriului în condiții de contradictorialitate.

În practica judiciară, s-a apreciat că nu a fost încălcat principiul egalității armelor, chiar dacă cererile în probațiune au fost respinse, întrucât apărătorii aleși au fost prezenți la audierea martorilor acuzării, având posibilitatea de a le adresa întrebări, iar probatoriul a fost alcătuit, în cea mai mare parte, din înscrisuri accesibile inculpaților și reprezentanților acestora, existând la dosar cereri de fotocopiere și ordonanțe de admitere a acestora. De asemenea, s-a constatat că la dosarul cauzei se regăsesc adrese de convocare a avocaților la efectuarea actelor de cercetare penală, iar la sfârșitul urmăririi penale, inculpații au luat cunoștință de întregul dosar prin înmânarea unui CD cuprinzând actele efectuate³⁸.

În ceea ce privește actul prin care se refuză administrarea unei probe în cursul urmăririi penale se ridică întrebarea dacă acesta poate fi cenzurat în cursul procedurii de cameră preliminară, fiind important de menționat că răspunsul diferă în funcție de verificările

³⁵ C.E.D.O., *Bricmont c. Belgiei*, hotărârea din 7 iulie 1989, <https://hudoc.echr.coe.int>.

³⁶ C.E.D.O., *Cauza Magee c. Marii Britanii*, Hotărârea din data de 14.09.1999, <https://hudoc.echr.coe.int>.

³⁷ C. Ghigheci, *Cereri și excepții de cameră preliminară, vol. II. Legalitatea și loialitatea administrării probelor*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 7.

³⁸ Î.C.C.J., secția penală, *Încheiere cameră preliminară nr. 138 din 20.05.2015*, nepublicată.

efectuate. Dacă vorbim despre o verificare formală a ordonanței, respectiv dacă aceasta este motivată sau dacă există temei legal pentru refuzul administrării unei probe, atunci răspunsul nu poate fi decât afirmativ, fiind vorba de chestiuni care implică legalitatea actelor de urmărire penală care fac obiectul camerei preliminare. Atunci când se critică ordonanța de respingere a cererii de administrare a unei probe din perspectiva insuficienței probatoriului administrat se tinde la o analiză pe fond a cauzei, împrejurare ce excede atribuțiilor judecătorului de cameră preliminară.

În opinia majoritară a practicii judiciare, s-a statuat că ordonanțele de respingere a cererii de administrare a probelor nu sunt sancționabile pe cameră preliminară, întrucât judecătorul de cameră preliminară verifică „ce există în interiorul urmăririi penale și nu ce nu există și trebuie să existe pentru a se proceda la o judecată completă”³⁹ iar o soluție contrară ar contopi funcția procurorului în cursul urmăririi penale cu cea a judecătorului de camera preliminară. Într-o opinie minoritară, s-a arătat că ar trebui conferită posibilitatea judecătorului de a analiza cauza și sub aspectul nelegalității refuzului de administrare a unor probe, refuz care poate conduce la o vătămare a dreptului la apărare al inculpatului⁴⁰.

Sub acest aspect, astfel cum am arătat anterior, consider că soluția ar trebui nuanțată în funcție de verificările pe care le întreprinde judecătorul de cameră preliminară. În ceea ce privește motivarea ordonanței sub aspectul refuzului, consider că judecătorul de cameră preliminară nu poate interveni pe temeinicia motivării deoarece aceasta ar atrage implicit o analiză a probatoriului administrat în cauză, dar poate interveni atunci când motivarea nu există sau se poate aprecia, fără a analiza probele administrate, că aceasta este pur formală. Contrar celor susținute în literatura de specialitate⁴¹, consider că atunci când o probă are valențe atât procedurale, cât și substanțiale, administrarea acesteia fiind reclamată de dispozițiile legale într-o situație dată, fiind necesară și pentru soluționarea pe fond a cauzei, refuzul administrării acesteia poate fi cenzurat în cursul procedurii de cameră preliminară, întrucât nu se realizează o analiză a necesității probei, ci doar se verifică respectarea dispozițiilor legale (d. e. expertiza legală medico-psihiatrică în cazul minorilor cu vârsta cuprinsă între 14 și 16 ani este impusă de art. 184 C. pr. pen., având valențe și pe fondul cauzei din perspectiva stabilirii existenței iresponsabilității – cauză de neimputabilitate care înlătură vinovăția).

5. Concluzie

Dreptului de a beneficia de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării îi corespunde obligația pozitivă a statului de a se asigura că acesta este practic și efectiv⁴², implicând o conduită activă și diligentă din partea autorităților, fiind o componentă esențială

³⁹ I. Narița, *Camera preliminară – sub spectrul neconstituționalității?*, în *Dreptul* nr. 5/2014, p. 179.

⁴⁰ C. A. Domocoș, C.A.R. Ieran, *Verificarea legalității administrării probelor în cadrul procedurii de cameră preliminară. Aspecte controversate* în *Revista Universul Juridic* nr. 4 din aprilie 2018.

⁴¹ Ghica M.S., *Aspecte teoretice și practice ale judecătorului de cameră preliminară. Drepturi și obligații deontologice ale judecătorilor și avocaților*, www.juridice.ro.

⁴² C.E.D.O., *Mattocia c. Italia*, hotărârea din 25 iunie 2000, paragraf 65, <https://hudoc.echr.coe.int>.

pentru egalitatea de șanse între apărare și acuzare și implicit, pentru efectivitatea apărării.

Liberarea condiționată. Legalitate. Oportunitate. Reziliență

Conditional liberation. Legality. Opportunity. Resilience

Lorena Alexandra AVRAM*

Abstract

This paper analyzes the institution of conditional liberation from the perspective of legality and opportunity conditions, as well as the issue of supervised condemned conditionally liberated. The author addresses the issue of the resilience of condemned conditionally liberated, by making proposals de lege ferenda on the way of analyzing the opportunity condition of the conditionally liberation.

Keywords: conditional liberation; legality; opportunity; resilience; the court; judge for the supervision of the deprivation of liberty

Rezumat

Prezenta lucrare analizează instituția liberării condiționate din perspectiva condițiilor de legalitate și a celor de oportunitate, precum și problema supravegherii condamnatului liberat condiționat. Autoarea abordează problema rezilienței condamnaților liberați condiționat, realizând propuneri de lege ferenda în ceea ce privește modalitatea de analiză a condiției de oportunitate a acordării liberării condiționate.

Cuvinte-cheie: liberare condiționată; legalitate; oportunitate; reziliență; instanță de judecată; judecător delegat cu executarea.

1. Liberarea condiționată. Noțiune

Liberarea condiționată este cea mai frecventă formă de individualizare postcondamnatore a pedepsei închisorii, justificată de conduita bună a condamnatului în timpul executării pedepsei. Astfel, condamnatul, care stăruie în muncă, este disciplinat și dă dovezi temeinice de îndreptare, ținându-se seama și de antecedentele sale penale, poate fi liberată condiționat înainte de executarea în întregime a pedepsei¹. Această măsură poate fi dispusă de instanța de judecată, ea presupunând punerea în libertate a persoanei condamnate, înainte de executarea în întregime a pedepsei închisorii sau a detențiunii pe viață, dacă sunt îndeplinite condițiile strict și limitativ prevăzute de lege.

Liberarea condiționată are caracter *facultativ*, nereprezentând un drept, ci numai o

* avramloreaa@yahoo.com.

¹ V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 552.

vocație generală a condamnatului². În același sens s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care a statuat că art. 5 parag. 1 lit. a) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale³ nu garantează dreptul unui deținut de a beneficia de o lege de amnistie sau de a fi eliberat, condiționat sau definitiv, înainte de executarea pedepsei⁴. În Expunerea de motive a Codului penal⁵ s-a precizat că „liberarea condiționată nu reprezintă un drept recunoscut condamnatului de a nu executa pedeapsa până la termen ci un instrument juridic prin care instanța de judecată constată că nu mai este necesară continuarea executării pedepsei în regim de detenție până la împlinirea integrală a duratei stabilite cu ocazia condamnării întrucât condamnatul, prin conduita avută pe toată durata executării, dovedește că a făcut progrese evidente în vederea reintegrării sociale și convinge astfel instanța că nu va mai comite infracțiuni iar liberarea sa anticipată nu prezintă nici un pericol pentru colectivitate”.

Liberarea condiționată este, așadar, o instituție complementară regimului de executare a pedepsei și un mijloc de individualizare postjudiciară a acesteia, beneficiul liberării condiționate putând fi acordat oricărui condamnat, indiferent de natura infracțiunii săvârșite și indiferent dacă a mai beneficiat anterior de liberarea condiționată pentru o altă pedeapsă⁶. Așa cum s-a menționat în Expunerea de motive a noului Cod penal, „instituția liberării condiționate nu mai este reglementată în capitolul privitor la pedepsele principale, ci în capitolul privind individualizarea pedepsei, rațiunea noii sistematizări fiind aceea că liberarea condiționată reprezintă o formă de individualizare a executării pedepsei”.

Fiind o modalitate de executare a unei părți din pedeapsă, pedeapsa se consideră executată numai dacă în intervalul de timp de la liberare și până la împlinirea duratei pedepsei, condamnatul nu a săvârșit din nou o infracțiune.

2. Procedura și condițiile necesare acordării liberării condiționate

Liberarea condiționată presupune, din punct de vedere procesual, parcurgerea a două faze – una administrativă și una judiciară.

Într-o primă fază administrativă, conduita condamnatului devenit propozabil pentru liberarea condiționată este analizată de către o comisie din cadrul penitenciarului formată din judecătorul delegat pentru executarea pedepselor privative de libertate, în calitate de președinte, din director, director adjunct pentru siguranța deținerii și regim penitenciar, directorul adjunct pentru educație și asistență psihosocială, consilierul de probațiune, medicul penitenciarului, un lucrător din cadrul serviciului producție, care propune liberarea condiționată ținând seama de fracțiunea din pedeapsă efectiv executată și de partea din durata pedepsei care este considerată ca executată pe baza muncii prestate,

² M. Udriou, *Drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 386.

³ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale a fost ratificată de România prin Legea nr. 30/1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994.

⁴ CEDO, *Kalan c. Turciei*, 2 octombrie 2001 (<http://hudoc.echr.coe.int>).

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

⁶ V. Pașca, *op. cit.*, p. 552-553.

de conduita persoanei și de eforturile acesteia de a se reintegra social, în special în cadrul activităților educative, culturale, terapeutice, de consiliere psihologică, al instruirii școlare și al formării profesionale, de responsabilitățile încredințate, de recompensele acordate, de sancțiunile acordate și de antecedentele sale penale.

Propunerea comisiei de admitere a liberării condiționate, cuprinsă într-un proces-verbal motivat, împreună cu documentele care atestă mențiunile cuprinse în procesul-verbal, se înaintează judecătoriei în a cărei circumscripție se află locul de detenție și se comunică persoanei condamnate.

În cazul în care comisia constată că persoana condamnată nu întrunește condițiile pentru a fi eliberată condiționat, în procesul-verbal întocmit se fixează un termen pentru reexaminarea situației acestuia, termen ce nu poate depăși un an. Totodată, comisia comunică procesul-verbal persoanei condamnate și îi aduce la cunoștință acesteia, sub semnătură, că se poate adresa direct instanței cu cererea de liberare condiționată. Când persoana condamnată se adresează direct instanței, cerând liberarea condiționată, odată cu cererea se trimite și procesul-verbal întocmit de comisia pentru individualizarea regimului de executare a pedepselor privative de libertate, împreună cu documentele care atestă mențiunile cuprinse în aceasta. În vederea soluționării cererii de liberare condiționată a persoanei condamnate sau a propunerii formulate de comisie, instanța poate consulta dosarul individual al persoanei condamnate⁷.

Codul penal din 2009⁸ a adus modificări semnificative regimului liberării condiționate, atât sub aspectul condițiilor de acordare, cât și al modului de urmărire a procesului de reintegrare socială a condamnatului prin implicarea activă și calificată a consilierilor de probațiune⁹.

În faza judiciară a liberării condiționate, cererea persoanei condamnate sau propunerea comisiei competente din penitenciar este supusă cenzurii de legalitate și de oportunitate a instanței judecătorești, care va analiza condițiile impuse de dispozițiile art. 99 și art. 100 C. pen.

În privința condițiilor de acordare, nu s-au menținut dispozițiile care creau regimuri diferențiate de acordare a liberării între condamnații femei sau bărbați ori între condamnații pentru infracțiuni comise cu intenție și infracțiuni comise din culpă, orientarea europeană în această materie transpusă și în Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal¹⁰ fiind aceea de a reglementa acordarea liberării condiționate ținând cont exclusiv de conduita condamnatului pe durata executării pedepsei. Numai în acest fel poate fi influențată și modelată mai eficient conduita condamnatului care dobândește astfel motive în plus știind că buna sa purtare îl va aduce mai aproape de punerea în libertate.

Acordarea liberării ținând seama de stări de fapt anterioare începerii executării, cum sunt natura sau gravitatea infracțiunii comise, forma de vinovăție, conduita pe parcursul

⁷ *Idem*, p. 553.

⁸ Noul Cod penal a fost adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009 și a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014.

⁹ V. Pașca, *op. cit.*, p. 553.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 514 din 14 august 2013.

procesului, constituie o cauză de descurajare a condamnatului în procesul de reintegrare deoarece acesta realizează că liberarea nu depinde de conduita sa pe durata executării, ci de faptele sale anterioare, pe care oricum nu le mai poate influența în niciun fel. Mai mult decât atât, toate aceste elemente au fost deja avute în vedere de instanțele de judecată la momentul stabilirii condamnării, astfel că a le lua din nou în considerare la momentul discutării liberării condiționate ar conduce la concluzia aplicării de două ori a aceluiași criterii de individualizare.

Condițiile de acordare a liberării condiționate sunt reglementate în mod diferențiat în Codul penal, în funcție de situația condamnatului la pedeapsa detențiunii pe viață și a celui condamnat la pedeapsa închisorii, în art. 99, respectiv, în art. 100 C. pen.

Astfel, pentru a se putea dispune liberarea condiționată din executarea pedepsei detențiunii pe viață, trebuie îndeplinite următoarele condiții:

a) *persoana condamnată să fi executat cel puțin 20 de ani din detențiune*. Codul penal nu mai distinge în funcție de vârsta sau sexul persoanei condamnate, perioada de timp pe care persoana condamnată trebuie să o execute în regim de detenție pentru a deveni propozabilă pentru liberarea condiționată fiind aceeași;

b) *persoana condamnată să fi avut o bună conduită pe toată durata executării pedepsei*. Legea penală nu prevede natura regimului de executare al pedepsei (închis, semideschis sau deschis) în care trebuie să se afle condamnatul, spre deosebire de cazul condamnatului la pedeapsa închisorii;

c) *persoana condamnată să fi îndeplinit integral obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de cazul când dovedește că nu a avut nicio posibilitate să le îndeplinească*. Pentru a fi propozabilă pentru liberarea condiționată, este necesar ca persoana condamnată să fi executat integral obligațiile civile;

d) *instanța să aibă convingerea că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate*¹¹.

În cazul condamnatului la pedeapsa închisorii, pentru a se putea dispune liberarea condiționată, trebuie îndeplinite următoarele condiții:

a) *să fie executată fracția din pedeapsă prevăzută de lege*. Astfel, în cazul în care persoana condamnată nu a împlinit vârsta de 60 de ani, aceasta trebuie să fi executat cel puțin 2/3 din durata pedepsei, în cazul închisorii ce nu depășește 10 ani, sau cel puțin 3/4 din durata pedepsei, dar nu mai mult de 20 de ani, în cazul închisorii mai mari de 10 ani.

În cazul în care persoana condamnată a împlinit vârsta de 60 de ani, conform dispozițiilor art. 100 alin. (2) C. pen., aceasta trebuie să fi executat efectiv cel puțin 1/2 din durata pedepsei, în cazul închisorii ce nu depășește 10 ani, sau cel puțin 2/3 din durata pedepsei, în cazul închisorii mai mari de 10 ani. Calculul fracției de pedeapsă ce trebuie executată se face prin raportare la pedeapsa pe care condamnatul o execută efectiv, nu la cea la care a fost condamnat de către instanță.

b) *persoana condamnată să se afle în executarea pedepsei în regim semideschis sau deschis*. Nu se poate dispune liberarea condiționată în cazul în care persoana condamnată

¹¹ M. Udriou, *Drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 387.

se află în executarea pedepsei închisorii în regim închis, chiar dacă fracția minimă este demult îndeplinită.

c) *persoana condamnată să fi îndeplinit integral obligațiile civile stabilite prin hotărârea de condamnare, afară de cazul când dovedește că nu a avut nicio posibilitate să le îndeplinească*¹².

d) *instanța să aibă convingerea că persoana condamnată s-a îndreptat și se poate reintegra în societate.*

Așa cum se poate observa din lectura dispozițiilor art. 99 și 100 C. pen., natura și gravitatea faptei pentru care a fost condamnat solicitantul liberării condiționate nu sunt prevăzute printre criteriile prevăzute de lege pentru dispunerea liberării, deoarece au fost avute în vedere la individualizarea pedepsei¹³.

Beneficiul liberării condiționate se poate acorda la propunerea comisiei constituite în penitenciar sau la cererea condamnatului¹⁴.

Competența de a decide cu privire la liberarea condiționată a condamnatului aparține judecătoriei (sau, după caz, tribunalului militar) în a cărei circumscripție teritorială se află locul de deținere la momentul formulării cererii de liberare condiționată a persoanei condamnate sau a propunerii formulate de comisia de liberare condiționată. Nu prezintă, așadar, importanță ce instanță a pronunțat hotărârea de condamnare, competența materială aparținând judecătoriei chiar și în cazurile în care soluția de condamnare a fost pronunțată în primă instanță de Înalta Curte de Casație și Justiție¹⁵.

3. Oportunitatea acordării liberării condiționate

Într-o soluție de speță, instanța de judecată¹⁶, în soluționarea unei cereri de liberare condiționată a respins propunerea de liberare condiționată formulată de Comisia pentru individualizarea regimului de executare a pedepselor privative de libertate din cadrul Penitenciarului Timișoara exclusiv pe considerente de oportunitate, statuând: „Raportând condițiile legale la situația condamnatului și analizând totodată procesul verbal al Comisiei pentru individualizarea regimului de executare a pedepselor privative de libertate din cadrul Penitenciarului Timișoara nr. (...) instanța reține că, deși persoanei condamnate nu i se poate reproșa conduita de ansamblu adoptată în timpul executării prezentei pedepse (stare de fapt care în principiu ar trebui să reflecte normalitatea) și a executat fracția de pedeapsă stabilită în mod obligatoriu de lege, aceste împrejurări nu-i conferă un drept, ci doar o vocație la acordarea beneficiului liberării condiționate, oportunitatea acordării liberării condiționate fiind lăsată exclusiv la aprecierea instanței de judecată, în urma analizei îndeplinirii și a celorlalte condiții prevăzute de art. 100 alin. (1) C. pen.

¹² *Idem*, p. 389.

¹³ C.A. Constanța, secția penală, decizia nr. 951/2003, publicată în Revista „Buletinul Jurisprudenței” 2002-2003, p. 36.

¹⁴ M. Udroui, *op. cit.*, p. 390.

¹⁵ *Idem*, p. 392.

¹⁶ Judecătoria Timișoara, Secția penală, sentința penală nr. 477/2019, definitivă prin Decizia penală nr. 226/CONT/2019 pronunțată de către Tribunalul Timiș – Secția penală la data de 07.03.2019 (nepublicată).

În acest sens, instanța consideră că nu este îndeplinită condiția prevăzută de art. 100 alin. (1) lit. d) C. pen. pentru a se dispune liberarea condiționată, întrucât nu are convingerea fermă că scopul pedepsei a fost atins prin executarea parțială a acesteia, raportat la perioada rămasă până la data expirării pedepsei, respectiv 21.12.2020, motiv pentru care se consideră că perioada executată nu este suficientă pentru a contura convingerea instanței că pedeapsa aplicată și-a atins scopul vizat de legiuitor”.

Așa cum a apreciat și doctrina¹⁷, în ceea ce privește condiția prevăzută de art. 100 alin. (1) lit. d) C. pen., „suntem în prezența unei condiții de oportunitate, instanța trebuind să stabilească, în funcție de cazul concret, faptul că persoana poate fi pusă în libertate, funcțiile pedepsei fiind deja atinse prin executarea de până la acest moment”.

Așa cum s-a arătat și în Expunerea de motive a Codului penal din 2009, „prin modul de reglementare a condițiilor de acordare se evidențiază mai clar rolul și rațiunile liberării condiționate. Practica judiciară din ultimul deceniu a transformat liberarea condiționată, este adevărat și din cauza majorării drastice a limitelor de pedeapsă, într-un drept al condamnatului de a fi liberat după executarea fracției de pedeapsă prevăzută de lege. De asemenea, s-a observat că în ceea ce privește condiția existenței dovezilor temeinice de îndreptare, aceasta a fost socotită ca fiind îndeplinită atâta timp cât condamnatul nu a fost sancționat disciplinar pentru abateri comise în perioada încarcerării”. Or, în acest context, liberarea condiționată nereprezentând, așa cum am mai arătat, un drept recunoscut condamnatului de a nu executa pedeapsa până la termenul stabilit prin hotărârea de condamnare, ci doar instrumentul juridic prin intermediul cărui instanța, după verificarea condițiile prevăzute de lege, constată că nu mai este necesară continuarea executării pedepsei în regim de detenție, „întrucât condamnatul, prin conduita avută pe toată durata executării, dovedește că a făcut progrese evidente în vederea reintegrării sociale și convinge astfel instanța că nu va mai comite infracțiuni iar liberarea sa anticipată nu prezintă nici un pericol pentru colectivitate”¹⁸.

Soluția corectă, prin raportarea la dispozițiile Codului penal în vigoare, presupune „o mai bună aplecare asupra dosarului persoanei condamnate”, ceea ce „ar trebui să identifice persoanele care merită, într-adevăr să fie eliberate condiționat (totuși, soluția de excepție) și pe cele care trebuie să continue executarea pedepsei pe durata inițial stabilită de instanță (surprinzător, regula)”¹⁹.

Într-o cauză aflată în fața Curții Europene a Drepturilor Omului²⁰, s-a statuat că pe fondul suprapopulării penitenciarelor italiene s-a format o practica judiciară în sensul transformării liberării condiționate într-un drept al condamnatului. Astfel, s-a dispus liberarea condiționată a unui deținut condamnat pentru uciderea prin cruzimi a două femei, violarea și lipsirea de libertate, iar după liberare, aceasta a mai ucis alte două persoane. Curtea a reținut, în acest context, că „având în vedere personalitatea condamnatului, antecedentele sale numeroase și elementele care dădeau de gândit că ar fi putut

¹⁷ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, vol. I, p. 580-581.

¹⁸ Expunerea de motive a noului Cod penal.

¹⁹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 586-587.

²⁰ C.E.D.O., *Maiorano c. Italiei*, 15 decembrie 2009 (<http://hudoc.echr.coe.int>).

fi socialmente periculos, lăsarea acestuia în libertate – combinată cu omisiunea de a informa tribunalul cu privire la încălcările măsurilor și obligațiilor impuse – constituie o violare a obligației de diligență ce decurge din imperativul protejării dreptului la viață impus de art. 2 din Convenție”²¹.

4. Supravegherea persoanei liberate condiționat. Reziliența

Noua reglementare a instituției liberării condiționate care a impus ca, pe durata termenului de supraveghere, condamnatul să fie supus unui proces de supraveghere și reacomodare cu viața în colectivitate, a fost inspirată din dispozițiile similare din legislația penală germană, spaniolă și portugheză²², impunerea unor condiții post-liberatorii individualizate sub forma unor măsuri sau obligații de supraveghere fiind în conformitate cu Recomandarea Rec (2003) 22 a Comitetului de miniștri către statele membre cu privire la liberarea condiționată. Astfel, între principiile instituite de această recomandare, s-a prevăzut la pct. 9-11: „9. În principiu, liberarea condiționată trebuie de asemenea să fie însoțită de supraveghere, care constă în măsuri de ajutor și control. Natura, durata și intensitatea supravegherii trebuie adaptate la fiecare caz individual. Adaptările trebuie să fie posibile pe întreaga perioadă a liberării condiționate. 10. Condițiile sau măsurile de supraveghere trebuie să fie aplicate pentru o perioadă care nu depășește partea termenului pedepsei cu închisoarea care nu a fost executată. 11. Condițiile și măsurile de supraveghere a duratei nelimitate trebuie aplicată doar când e absolut necesar pentru protecția societății și în conformitate cu siguranța definită în Regula 5 a Regulamentului European cu privire la sancțiunile și măsurile comunitare expuse în Recomandarea Rec (2000) 22”.

Termenul de supraveghere. Potrivit art. 2 lit. b) din Legea nr. 253/2013 privind executarea pedepselor, a măsurilor educative și a altor măsuri neprivative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal²³, termenul de supraveghere sau durata supravegherii desemnează „intervalul de timp în care persoana față de care s-a dispus amânarea aplicării pedepsei, suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei, liberarea condiționată ori o măsură educativă neprivativă de libertate, în cazul minorilor, trebuie să respecte obligațiile ori măsurile de supraveghere dispuse de instanță în sarcina sa”. Prin urmare, acesta este termenul în care se verifică conduita persoanei condamnate care a beneficiat de liberare condiționată.

În cazul în care s-a dispus liberarea condiționată din pedeapsa detențiunii pe viață, termenul de supraveghere este de 10 ani. Dacă liberarea condiționată a fost dispusă din pedeapsa închisorii, intervalul cuprins între data liberării condiționate și data împlinirii duratei pedepsei constituie termen de supraveghere pentru condamnat.

Termenul de supraveghere începe să curgă de la rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a dispus liberarea condiționată și, fiind un termen substanțial, se calculează pe zile pline.

²¹ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 587.

²² Expunerea de motive a noului Cod penal.

²³ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 514 din 14 august 2013.

Măsuri de supraveghere. În cazul dispunerii liberării condiționate din executarea pedepsei detențiunii pe viață sau în cazul în care restul din pedeapsa închisorii rămas neexecutat la data liberării este de 2 ani sau mai mare, conform dispozițiilor art. 101 alin. (1) C. pen., instanța de judecată trebuie să dispună ca persoana liberată condiționat să respecte următoarele cinci măsuri de supraveghere:

- a) să se prezinte la serviciul de probațiune, la datele fixate de acesta;
- b) să primească vizitele persoanei desemnate cu supravegherea sa;
- c) să anunțe, în prealabil, orice schimbare a locuinței și orice deplasare care depășește 5 zile;
- d) să comunice schimbarea locului de muncă;
- e) să comunice informații și documente de natură a permite controlul mijloacelor sale de existență. Impunerea acestor măsuri este obligatorie și cumulativă.

Așa cum rezultă din lectura dispozițiilor art. 101 alin. (2) C. pen., instanța poate impune condamnatului, de asemenea, în situația prevăzută la alin. (1), să execute una sau mai multe dintre următoarele obligații:

- a) să urmeze un curs de pregătire școlară ori de calificare profesională;
- b) să frecventeze unul sau mai multe programe de reintegrare socială derulate de către serviciul de probațiune sau organizate în colaborare cu instituții din comunitate;
- c) să nu părăsească teritoriul României;
- d) să nu se afle în anumite locuri sau la anumite manifestări sportive, culturale ori la alte adunări publice, stabilite de instanță;
- e) să nu comunice cu victima sau cu membri de familie ai acesteia, cu participanții la săvârșirea infracțiunii sau cu alte persoane, stabilite de instanță, ori să nu se apropie de acestea;
- f) să nu conducă anumite vehicule stabilite de instanță;
- g) să nu dețină, să nu folosească și să nu poarte nicio categorie de arme.

Alin. (3) al aceluiași articol prevede că „obligațiile prevăzute în alin. (2) lit. c)-g) pot fi impuse în măsura în care nu au fost aplicate în conținutul pedepsei complementare a interzicerii exercitării unor drepturi”.

În doctrina²⁴ s-a apreciat că obligațiile prevăzute de art. 101 alin. (2) C. pen. se pot clasifica în două categorii: obligații de a face (cele de la lit. a) și b) și obligații de a nu face (cele prevăzute la lit. c)-f).

Autoritatea însărcinată cu supravegherea condamnatului liberat condiționat este, conform dispozițiilor art. 102 alin. (1) și (2) C. pen., serviciului de probațiune. Pe lângă acesta, alin. (2) al aceluiași articol prevede că „verificarea modului de îndeplinire a obligațiilor prevăzute în art. 101 alin. (2) lit. c)-g) se face de organele abilitate, care vor sesiza serviciul de probațiune cu privire la orice încălcare a acestora”.

Conform alin. (3), supravegherea executării obligațiilor prevăzute în art. 101 alin. (2) lit. d) și lit. e) poate fi realizată și printr-un sistem electronic de supraveghere, în condițiile prevăzute de legea specială.

Pe durata supravegherii, serviciul de probațiune, în baza dispozițiilor art. 101 alin. (4) C. pen., are obligația să sesizeze instanța, dacă:

²⁴ M. Udriou, *op. cit.*, p. 395-396.

a) au intervenit motive care justifică fie modificarea obligațiilor impuse de instanță, fie încetarea executării unora dintre acestea;

b) persoana supravegheată nu respectă măsurile de supraveghere sau nu execută, în condițiile stabilite, obligațiile ce îi revin.

Rolul instituit de legiuitor supravegherii condamnatului liberat condiționat vizează asigurarea reintegrării sociale a acestuia, fapt ce se realizează cu sprijinul unor specialiști din cadrul serviciului de probațiune.

Un rol important în acest demers revine comunității. Așa cum s-a arătat în literatura de specialitate, „realizarea echilibrului între nevoile infractorului, siguranța comunității și implicit protecția victimelor, dau expresie conceptului de reziliență a comunității, prin menținerea în balanță a factorilor de risc și a celor de protecție, în beneficiul bunăstării membrilor săi”²⁵.

În acord cu principiile stabilite de Recomandarea Rec (2003) 22 a Comitetului de miniștri către statele membre cu privire la liberarea condiționată, „liberarea condiționată are scop asistența deținuților de a trece de la viața penitenciară la viața supusă legilor în comunitate prin condițiile post-eliberare și supraveghere care promovează și contribuie la siguranța publică și reducerea infracțiunilor în comunitate”. În acest sens, s-a susținut că „evenimentele negative care apar ca urmare a comportamentului infracțional al membrilor unei comunități forțează nevoia de valorizare a potențialului de adaptabilitate și flexibilitate a comunității și de antrenare a abilităților și resurselor care vor favoriza reacții adecvate și în acest fel reziliența sa. Confruntarea comunităților cu acest tip de evenimente negative, poate fi asimilată unei situații de criză, la care acestea sunt obligate să reacționeze”²⁶.

Așa cum s-a postulat în Recomandarea Rec (2003) 22 a Comitetului de miniștri, „pentru a reduce efectele dăunătoare ale închisorii și a promova reintegrarea deținuților conform condițiilor care urmăresc a garanta siguranța comunității din afară, legea trebuie să facă accesibilă liberarea condiționată pentru toți deținuții condamnați, inclusiv deținuții pe viață”. Acest ultim principiu a fost avut în vedere și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului²⁷ atunci când a statuat asupra „dreptului la speranță” al condamnatului de a fi liberat. Astfel, Curtea a considerat că și cei care comit cele mai dezgustătoare și mai agresive acte criminale își păstrează totuși umanitatea esențială și poartă în ei înșiși capacitatea de a se schimba. Oricât de lungă și meritată ar fi condamnarea primită, aceștia își păstrează dreptul de a spera că, într-o bună zi, ei vor ispăși pedeapsa aplicată pentru greșelile comise. Nu ar trebui să fie lipsiți în întregime de această speranță. A le nega „experiența speranței” ar însemna să li se nege un aspect fundamental al umanității lor, ceea ce ar fi totalmente degradant.

6. Concluzii

²⁵ M. Tomița, O. Predescu, *Reziliența și sistemul de justiție penală*, în Conferința națională cu participare internațională „Devianță și criminalitate. Evoluție, tendințe și perspective”, vol. III, ed. a III-a, 2017, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 412.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ C.E.D.O., *Matiošaitis și alții c. Lituaniei*, 23 mai 2017 (<http://hudoc.echr.coe.int>).

Actualul Cod penal a realizat o reformă a instituției liberării condiționate, mai ales în ceea ce privește situația juridică a condamnatului în perioada post-liberare, instituind o serie de mecanisme juridice prin care condamnatul liberat poate demonstra că este din nou util societății. În acest sens, au fost instituite măsurile de supraveghere prevăzute de art. 102 alin. (1) C. pen., lăsându-i-se instanței de judecată posibilitatea aplicării față de condamnat, dacă le apreciază drept necesare și utile, a unor obligații prevăzute de alin. (2) al aceluiași articol.

Practica judiciară născută după intrarea în vigoare a noului Cod penal a relevat, însă, că marja prea mare de apreciere asupra oportunității acordării liberării condiționate, așa cum este aceasta reglementată de art. 99 alin. (1) lit. d), respectiv, art. 100 alin. (1) lit. d) C. pen., poate conduce la concluzii arbitrare și fără un suport psiho-sociologic în motivarea unei soluții de amânare. Aceasta problemă este vizibilă mai ales atunci când propunerea de liberare făcută de comisia din penitenciar, care are date și elemente despre condamnat și comportamentul lui, obținute de către specialiști în baza unor metode științific fundamentate, este respinsă cu o motivare stereotipă și lapidară de către instanța de judecată, ca în sentința Judecătoria Timișoara mai sus citate.

De lege ferenda, fără a afecta competența funcțională a instanței de judecată de a se pronunța asupra cererii sau propunerii de liberare condiționată, apreciem că aceasta ar trebui să vizeze, în mod primordial, verificarea îndeplinirii condițiilor de legalitate și mai puțin a unei condiții de oportunitate, asupra căreia judecătorul de instanță nu are pregătirea și expertiza necesară a o cenzura. Apreciem, în acest context, că mult mai propriu ar fi ca cenzura condiției de oportunitate să se realizeze de către judecătorul de supraveghere a privării de libertate.

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 prezentarea din seria *Drept și Etică*, în: ianuarie 2019, „Aviatorul”, Evgheni Vodolozakin. Moderatorii prezentării: **Raluca Bercea** și **Alexandra Mercescu**.

2. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, prin Programul de Master în Dreptul Uniunii Europene și Școala Doctorală în Drept, Drept privat, a organizat prelegerile cu tema *Digitisation of Private Law*, susținute de dr. **Rainer Kulms**, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, în perioada 25-28 martie 2019.

3. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul pentru Dreptul Afacerilor, a organizat în ciclul *Colocviile juridice ale Băncii Naționale a României, Ediția a XXIII-a*, Conferința de drept bancar, *Criptomonedă. O perspectivă juridică*, în data de 29 martie 2019.

La conferință au participat: **Alexandru Păunescu**- Directorul Direcției Juridice, Banca Națională a României – *Criptomonedă – viitorul sistemului bancar?*; Conf. univ. dr. **Radu Rizoiu**, Universitatea din București, Facultatea de Drept – *Dincolo de bine și rău: Este criptomonedă bun(ă la ceva)?*; Prof. univ. dr. **Răzvan Dincă**, Universitatea din București, Facultatea de Drept – *Moneda virtuală, o piatră de încercare a clasificării obligațiilor în funcție de obiect*; Asist. univ. dr. **Cristian Paziuc**, Universitatea din București, Facultatea de Drept – *Validitatea actelor privind criptomonedă: despre criptomonedă ca obiect al prestației*; Asist. univ. dr. **Vladimir Diaconiță**, Universitatea din București, Facultatea de Drept – *Caracterul aleatoriu sau comutativ al contractelor privind criptomonedă*; Lect. univ. dr. **Sergiu Golub**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, Facultatea de Drept – *Încercare de analiză de lege lata a operațiunilor cu criptomonedă în arealul juridic românesc*; **Mihai Selegean**, Directorul Direcției Juridice, Banca Română de Dezvoltare BRDGSG – *Există intimitate într-o rețea de blocuri/noduri interconectate (blockchain)?*; Prof. univ. dr. **Lucian Săuleanu**, dr. **Răzvan Scafeș**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept – *Necesitatea implementării unor mecanisme juridice de protecție a consumatorilor utilizatori ai criptomonedelor*; **Sergiu Negreanu**, Avocat senior, *Țuca, Zbârcea & Asociații* – *Criptomonedă: mijloc de plată sau valoare mobilă?*; Prof. univ. dr. **Radu N. Catană**, asist. univ. drd. **Ionuț Șumandea**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, Facultatea de Drept – *Blockchain și guvernarea corporativă*; Dr. **Rainer Kulms**, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, *„Blockchain Developments beyond Cryptocurrencies?”*; Prof. univ. dr. **Lucian Bercea**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – *Money, e-money, B-money... O comparație concluzivă*.

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul de Drept comparat și interdisciplinaritate, a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, prelegerea *What is that, to read? The case of foreign law*, susținută de prof. Pierre Legrand, Universitatea Paris I Panthéon-Sorbonne, în data de 5 aprilie 2019, moderată de conf. Univ. dr. **Raluca Bercea**.

5. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, prelegerea *De câte feluri sunt avocații?*, susținută de **Florentin Țuca**, Managing Partner al Țuca, Zbârcea & Asociații, în data de 5 aprilie 2019.

6. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, prelegerile: *The new development of criminal procedural law in China*, susținută de prof. **Ye Qing**, Rector, East China University of Political Sciences and Law și *The current hot issues in the field of criminal laws in China*, susținută de prof. asoc. **Ma Yinxiang**, în data de 18 mai 2019.

7. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, prelegerea *Cyberlaw. Eutanasiu socială prin mijloace software*, susținută de dr. **Andrei Săvescu**, coordonatorul juridice.ro, managing partner la Săvescu&Asociații și arbitru la Curtea de Arbitraj de la lângă Camera de Comerț și Industrie a României, în data de 20 mai 2019.

III. ȘCOALA DOCTORALĂ

Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara

Susținere teză de abilitare:

În data de 15 aprilie 2019, la sediul Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de abilitare cu titlul „*Mizele teoriei comparației juridice în studiul dreptului european*”, de către d-na conf. univ. dr. Bercea Raluca.

Susțineri teze de doctorat:

1. În data de 28 martie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Regresul în dreptul afacerilor*”, elaborată de doctorandul Claudiu Galu, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Lucian Bercea.

2. În data de 20 iunie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Transferul dreptului de proprietate prin contract*”, elaborată de doctoranda Diana-Emanuela Milostean, sub coordonarea științifică a dl. prof. univ. dr. Radu I. Motica.

3. În data de 24 iunie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Procesul arbitral internațional conform reglementărilor naționale*”, elaborată de doctorandul Raul Miron, sub coordonarea științifică a d-nei prof. univ. dr. Claudia Roșu.

4. În data de 24 iunie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Reglementarea revizuirii în procesul civil*”, elaborată de doctoranda Beatrix-Yvonne-Vesna Piess-Malimarcov, sub coordonarea științifică a d-nei prof. univ. dr. Claudia Roșu.

5. În data de 24 iunie 2019, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Contestația la executare – instituție fundamentală a dreptului procesual civil*”, elaborată de doctorandul Cătălin Lungănașu, sub coordonarea științifică a d-nei prof. univ. dr. Claudia Roșu

Analele UVT – seria Drept

I. Criterii de tehnoredactare

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa de e-mail: claudia.rosu@e-uvt.ro.

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor și anume, acestea să cuprinsă o introducere, secțiuni cu titlu bine definit, precum și concluzii.

Textele trimise să fie scrise cu fontul Times New Roman, obligatoriu cu diacritice, cu dimensiunea de 12, iar subsolul de 10, la un rând. Din stânga paginii în dreapta ei, dimensiunea să fie de 16,5.

Textul trebuie însoțit obligatoriu de un rezumat în limba Română și de un rezumat în limba Engleză și de cuvintele-cheie ale articolului atât în limba română, cât și în limba engleză.

Titlul articolului se scrie atât în limba Română, cât și în limba Engleză.

În cuprinsul materialului, cu excepția titlului acestuia, textul și notele de subsol se culeg cu literă obișnuită.

În notele de subsol, prima dată se scrie inițiala prenumelui și apoi numele autorului, titlul lucrării se scrie integral și cu italic, – editura – se scrie integral, de ex. Editura C.H. Beck, localitatea de apariție, anul, pagina. Mențiunea – op. cit. – se scrie cu italic. Dacă sunt doi-patru autori ai unei lucrări, se trec toți, despărțiți prin virgulă. De ex.; S. Beligrădeanu, Gh. Mohanu. Dacă sunt mai mult de patru coautori, se scrie, după caz, numai numele primului și în continuare ș.a. ori (dacă există) numele autorului coordonator.

Ex. V. Pașca, *Studii de drept penal*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p.

La volumele scrise de mai mulți autori și în care la fiecare capitol, titlu, parte este nominalizat autorul citarea se face astfel: C. Stătescu, *Fapta ilicită cauzatoare de prejudiciu, ca izvor de obligații (Răspunderea civilă delictuală)*, în „Drept civil. Teoria generală a obligațiilor” de C. Stătescu, C. Bîrsan, Ed. All Beck, București, 1999, p. 121 și urm.

Dacă titlul este într-o limbă străină se scrie în această limbă (și nu se traduce în cazul în care este în limbile franceză și engleză; se traduce în limba română dacă este în orice altă limbă ca, de pildă, germană, rusă, spaniolă etc.).

Nici în text, nici în notele de subsol nu sunt permise cuvinte sau fraze culese cu caractere aldine/bold ori integral cu majuscule.

În text și în notele de subsol nu sunt permise prescurtări precum: prev., disp., H.G., O.G., O.U.G. etc., ci se scrie denumirea completă adică: prevăzută, dispozițiile, Hotărârea Guvernului nr., Ordonanța Guvernului nr., Ordonanța de urgență a Guvernului nr.; Legea nr. etc.

Indicarea oricăror acte normative se face numai prin numărul și anul apariției, fără a se indica și ziua adoptării (ex. Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ).

Atât în text, cât și în note se scriu numai prescurtat art., paragr., alin., urm, iar în notele de

subsol se scriu numai prescurtat p., t., vol.

În text și în notele de subsol se scriu prescurtat numai unele din denumirile codurilor, și anume: C. civ.; C. pr. civ.; C. pen.; C. pr. pen., etc. Nu se prescurtează, ci se scriu complet: Codul muncii; Codul vamal, Codul silvic, etc.

Materialele să nu depășească numărul de 20 de pagini.

Denumirile oricăror instituții (persoane juridice) române (de ex. Ministerul Finanțelor Publice, Ministerul Justiției etc.) se scriu integral, nefiind permisă prescurtarea lor. Prin excepție se pot prescurta: O.N.U.; U.E.; N.A.T.O.

Este interzisă, în text și în notele de subsol, prescurtarea denumirii următoarelor instanțe: Curtea Constituțională; Înalta Curte de Casație și Justiție; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Numai în cuprinsul notelor de subsol, următoarele categorii de instanțe ori hotărâri se scriu exclusiv prescurtat: ex. Trib. București; Jud. Brașov; C. Ap. Cluj; S. civ.; S. pen., S. de cont. Adm.; dec.; sent.; înch..

Citările la notele de subsol se fac astfel: Curtea Constituțională, dec. nr. 312/2010; C. Ap. București, S. a IV-a civ., dec. nr. 312/2011; etc.

Toate publicațiile (revistele de specialitate) se scriu cu titlul integral și între ghilimele, nefiind permisă prescurtarea lor. De ex: Revista „Dreptul” nr. 3/2011, p.....; Revista „Pandectele române” nr. 6/2004, p....., „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 1/2004, p.....

În cazul actelor normative, se scrie la nota de subsol, monitorul în care a fost publicată astfel: Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 145 din 14 februarie 2010 și dacă este cazul, cu modificările și completările ulterioare sau republicarea.

În cazul referirilor la Culegerea de jurisprudență a Curții de Justiție a Comunităților Europene, în cazul primei citări, dintr-un articol, se pune denumirea completă a culegerii, și anume: „Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice”, urmată de an și pagină. În citările subsecvente, din același articol, se trece doar „Recueil ...”, urmat de anul culegerii și pagina.

În cazul materialelor în care predomină citarea deciziilor Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și ale instanțelor Uniunii Europene, se admit următoarele prescurtări: C.E.D.O.; Comisia = Comisia Europeană a Drepturilor Omului; Convenția = Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale; C.E.D.H. = Recueil des arrêts et décisions.

Culegerile de decizii se citează astfel: Înalta Curte de Casație și Justiție, S. pen., dec. nr. 120/2010, în *Buletinul jurisprudenței 2010*, p. 700.

Dacă un autor dorește să sublinieze un text dintr-un citat ori să includă o paranteză într-un citat se procedează astfel: (s.n. – V.P.); (paranteza noastră – V.P.).

Toate lucrările și jurisprudența citate se indică numai în notele de subsol. Nu se permit materiale cu bibliografia și jurisprudența trecute la sfârșitul acestora.

Notele de subsol se numerotează în continuare, nu începând cu nota 1 la fiecare pagină.

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.

II. Structura revistei:

Revista va fi structurată pe următoarele secțiuni:

1. Studii, articole, comentarii - Secțiunea de Drept privat; Secțiunea de Drept public;
2. Manifestări științifice;
3. Școala doctorală;
4. Evenimente;
5. Apariții editoriale

Articolele se trimit membrilor colegiului de redacție, care vor avea putere de cenzură a materialelor.

III. Apariții editoriale

Analele UVT – seria Drept va avea 2 apariții anuale. Pentru primul număr, materialele se vor preda până la data de 31 mai a anului curent. Pentru al doilea număr, materialele se trimit până la data de 30 noiembrie a anului curent.

Prof. univ. dr. habil. Claudia Roșu
Redactor-șef

Cuprins

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

SECȚIUNEA DE DREPT PRIVAT

Maintenance obligations: European Union, Lugano and the Hague Conference Associate Professor Silvia MARINO	4
Cross-border Commercial Litigation – Do We Need a Permanent European Commercial Court? Associate Professor Stephan RAMMELOO	18
<i>The Rebus sic stantibus</i> Doctrine from a Comparative Perspective with a Special Emphasis on its Legal Treatment in the Croatian Legal System and Jurisprudence Dr. sc. Lidija ŠIMUNOVI.....	34
Considerații cu privire la reglementarea prejudiciului, element esențial al răspunderii civile, în noul Cod civil Lect. univ. dr. Florina POPA.....	51
Construirea de competențe în dreptul comercial în Statele Membre ale Uniunii Europene Lect. univ. dr. Sergiu POPOVICI.....	73
Aspecte de ordin juridic privind obligațiile medicului în relația cu pacientul Drd. Alina Doina TĂNASE	85
Abordări cognitive ale leasingului ca instituție interdisciplinară a dreptului internațional și european privat Avocat drd. Adrian CREȚU	96

SECȚIUNEA DE DREPT PUBLIC

Asistența și reprezentarea neloială. O analiză critică Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA.....	111
---	-----

Aculturația juridică și dreptul penal. Între uniformizare și conservarea identității Senior lecturer PhD. Laura STĂNILĂ	119
Executarea hotărârilor judecătorești pronunțate în litigii privind contractele de achiziție publică Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU	133
Sportul – izvor real al dreptului obiectiv Asist. univ. dr. Septimiu Ioan PUȚ	146
Aspecte practice privind dreptul de a dispune de timpul și înlesnirile necesare pregătirii apărării Drd. Alexandrina-Mirela PERIAN	152
Liberarea condiționată. Legalitate. Oportunitate. Reziliență Lorena Alexandra AVRAM	164
II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE Conferințele Facultății de Drept	176
III. ȘCOALA DOCTORALĂ Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara	180