

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

~ *SERIA DREPT* ~

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

~ *LAW SERIES* ~

Nr. 2/2015

Revistă indexată în bazele de date internaționale HeinOnline și

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

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

REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:

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

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Prof. univ. dr. Claudia ROȘU – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil
Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU – redactor – secțiunea Drept civil
Lect. univ. dr. Alin SPERIUȘI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal și Drept procesual penal
Lect. univ. dr. Flaminia STĂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ

ISSN 1843-0651

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

Secțiunea de drept public



1. Is The Right to Silence Limitable In Criminal Procedure?

Dr. habil. Csongor HERKE
Associate Professor, DSc. Head of Department, vice dean
Department of Criminal Procedure Law and Forensic Sciences
University of Pécs
Faculty of Law

PhD student Daniel ANTAL**
Department of Criminal Procedure Law and Forensic Science
University of Pécs
Faculty of Law

Abstract

In the first part of the paper the fundamental problems about the defendant's confession can be read. Although the defendant may admit the commission of the criminal offence, other evidence shall also be obtained, especially the confession during the investigation, which may have a crucial role. The false assumption that confession is made only by persons who actually committed the crime, is based on a false logical method. The paper shows the so-called "logical-square" (Apuleius's tetragon), projected to the confession of the defendant.

The second problem is the use of the defendant's testimony in the trial, which was given in the course of the investigation. The use of the defendant's investigative testimony was enabled by an amendment from 1998 of the former Criminal Procedure Act (Act I of 1973). Even this time some authors criticized this institution by that the Act XIX of 1998 is limiting the use of the former testimony of the defendant and the witness. The paper shows this rule as well.

Keywords: right to silence; defendant's confession; human rights; the principle of immediacy

Rezumat

[.] herke.csongor@ajk.pte.hu

^{**} antal.daniel@ajk.pte.hu

În prima parte a lucrării pot fi lecturate probleme fundamentale privind recunoașterea inculpatului. Deși inculpatul poate recunoaște comiterea infracțiunii, este necesară, de asemenea, obținerea unor alte dovezi, în special recunoașterea efectuată în timpul anchetei, care poate avea un rol crucial. Ipoteza că recunoașterea se realizează numai de către persoane care au comis în fapt infracțiunea este fundamentată pe o metodă logică falsă. Lucrarea prezintă așa-numitul „pătrat logic” (Tetragonul lui Apuleius), aplicat la instituția recunoașterii inculpatului.

A doua problemă prezentată este cea a utilizării recunoașterii inculpatului obținută în faza urmăririi penale în cadrul judecății. Utilizarea recunoașterii inculpatului din faza urmăririi penale a fost permisă printr-o modificare din 1998 a fostului Codul de procedură penală (Legea I din 1973). Chiar și de această dată unii autori au criticat instituția pe motiv că Legea XIX din 1998 limitează utilizarea mărturiei anterioare a inculpatului și martorului. Lucrarea de față prezintă, de asemenea, și această dispoziție.

Cuvinte-cheie: dreptul la tăcere; recunoașterea inculpatului; drepturile omului; principiul celerității

I. Fundamental problems about the defendant's confession

Although the defendant may admit the commission of the criminal offence, other evidence shall also be obtained, especially the confession during the investigation, which may have a crucial role, because it can independently be the basis of guilt in practice¹. Some authors go so far, that in practice, the „presumption of guilt” prevails, so in case of existing evidence against the defendant, virtually the defendant has to prove his innocence². And if the existing evidence is the mentioned confession, it will be almost a hopeless situation for the defendant³.

But in practice, in many cases there occurs false or erroneous admission. This may arise from the fact that the defendant intentionally wants to mislead the authorities (because he wants to protect an adherent, or beloved, etc.), probably in many cases he was forced to testify (or paid for it), but it is also possible that the authorities simply believe mistakenly that he committed the crime.

The most recent example is the case from 1998 of the murder of the taxi driver in Pécs in 1995. The Court of Appeal of Pécs, as second instance confirmed the first instance verdict, and finally acquitted the defendant. In 1995, a woman taxi driver was stabbed with a knife in Pécs, but the investigation was not successful then. The present defendant voluntarily confessed after 15 years that he was the perpetrator. He confessed, covering the whole truth and guilt as well. However, according to the first and the second-instance courts, the existing evidence was not

¹ Balázs ELEK: *A vallomás befolyásolása a büntetőeljáráásban*. Debrecen, 2008. 112. o.

² Mátyás BENCZE: *A bűnösség vélelme – a „Buktai-ügy” tanulságai*. *Amabilissimus*, 2005. 151-165. o.

³ Balázs ELEK: *A vallomás befolyásolása a büntetőeljáráásban*. Debrecen, 2008. 112. o.

sufficient to convict the accused, and the defendant's testimony contradicted numerous issues with the evidences.

For a long time it has appeared to be acceptable for us that the general investigation (and in the courts this frequently happens) is stereotype, meaning that no one would make a confession, if (at least partially) he did not commit the crime. Then there was a case around 2000, after which that view changed radically: there are people who are able to admit committing a crime by official threat, without having anything to do with the offense committed. On a Sunday afternoon, a 16-year-old boy was summoned by the police officers to the Pécs Police Station due to a previous day's incident. He said that on Saturday night he was having fun with his friends and he knows that when he went home, a mobile phone was taken away from one boy and he was therefore looking for him. He definitely claimed that he did not commit any crime.

When he went to the police station, the detective said right at the start of the hearing that there is evidence there that the boy committed the crime. The detective outlined two options before him: either he recognizes the crime committed, and the interrogation will finish and he will go free, or he will be placed in custody, and then preventive arrest will be ordered ("since it is automatically always well ordered, as the defense lawyer can confirm" – said the detective). Since they will slow down the investigation, preliminary arrest will be extended for at least six months, thus he will completely be expelled from school, and "the prison course" will begin. The presence of a defense lawyer was presented as a possible alternative.

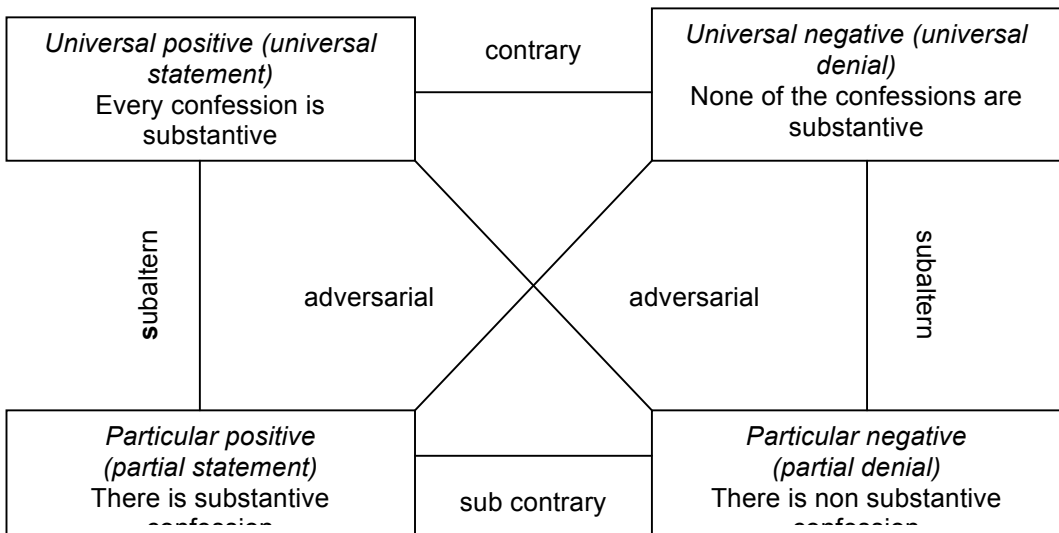
The boy, without thinking, immediately said "OK then, I admit that I stole the phone". However, he was not at all aware of the circumstances of the robbery, without any base, if he had been able to admit to a crime, while his parents said he was at home when the crime was committed. If there were no defence lawyer in the room, the detective probably recorded the confession, and of course (now validly) took the defendant into custody, then the preliminary arrest was ordered. And as numerous cases have shown, the practice of the investigation was wrong because they never tried to find out if other person committed the crime. But since the boy's defense lawyer was present, they did not record the false confession – despite the threats mentioned above.

The defendant told the police about the persons whom he had fun with that night, how long he was in the club, and what he heard about the possible perpetrators. The investigating authority recorded this, but kept the defendant there for another three hours (in the presence of the defense lawyer), saying that they would check the information. Finally they found the mentioned person with the mobile phone, who voluntarily (presumably substantive) confessed immediately. In addition to the mentioned case, the investigating authority clearly exceeded the legal boundaries of the tactical bluff, the main lesson of this case being that the defendant mentioned: "The only reason I confessed is because they promised that I can leave" – and among them are likely to be others as well. This is supported by a psychological basis as described under ELEK's experiment, in which 79 students were asked to participate in a computerized reaction-time test. The result of the

manipulated test was, that after the confession of the false witnesses, nearly 70% of pilot people admitted that they broke the rules and they froze the system, although it was done centrally. Among those who had to hurry, this rate was 100% (so all of them accepted the "guilt" for a crime which did not commit), and even more than one third of them provided details about how they committed the crime⁴.

In practice it happens that the defendant makes a false confession in order to end the ordeal of the hearing, but sometimes mental illness is the reason for such a confession⁵.

It is not uncommon that the defendant speak with lots of emotions about the defence strategy (the legend) at the start of the procedure, so that at the end of the multi-year process, the defendant believes that the case was done as explained in the testimony (although from the papers, it is reconstructed, that it was just a well made-up story). The false assumption that confession is made only by persons who actually committed the crime is based on a false logical method. Aristotle recognised already that false conclusions often come from wrong judgments (not only from the errors of inference). Namely, the conclusions drawn from the wrong assumption of facts will obviously be incorrect. Therefore, Aristotle clarified the relationship of the judgments⁶. Made on the basis of this, the so-called "logical-square" (Apuleius's tetragon), projected to the confession of the defendant looks as follows:



It means the following:

⁴ See more: Balázs ELEK: *A befolyásoló kérdésfeltevés a büntetőeljárásban*. In: Horváth Tibor-jubileum. 2007. 276-277. p.

⁵ Balázs ELEK: *A befolyásoló kérdésfeltevés a büntetőeljárásban*. In: Horváth Tibor-jubileum. 2007. 272. p.

⁶ See more: *Arisztotelész: Organon*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1979.

- The adversarial ("inconsistent") relationship is nothing more than a denial. As the formal logic, two of the statements denial of each other, if only the first is true when the second is false, so if the two statements are mutually exclusive (so not true at the same time, Aristotle called this conflict). Thus, in an adversarial couple, one is true and the other is false (if there is substantive confession, it is not true that there is non substantive confession, and vice versa; if every confession is substantive, it can not be true that there is non substantive confession, and vice versa). But the adversarial pairs of denial are mutually exclusive (so at the same time they must not be false: if not true that there is a substantive confession, it can not be true either, that all confession is substantive etc).

- The contrary relationship means that the statements can not be true at the same time, so these sentences are mutually exclusive. However, that does not mean that they would be a denial of each other, as they can be false at the same time. That is, at the contrary relationship, the couples can both be false but can not both be true (see if every confession is substantive, it is not true that there is no substantive admission).

- The sub contrary relationship means the two judgments can not be both false (but may be a false one, the other is true, or both are true), so denial excludes each other. So the sub contrary relationship (come from its name) is the opposite of the contrary relationship. The couples can be both true, but can not be both false.

- If two judgments relationship is subaltern, from the truth of the first judgment also follows the truth of the second but not vice versa. Aristotle did not deal with the subaltern relationship.

During the criminal procedure is not uncommon that the defendant may change the previous statement. Most of these statements are in fact "withdrawals" of the statement⁷. Although according to the Act XIX of 1998, he can not do it (because anything he says or provides may be used as evidence), it means that the defendant denies or refuses to testify other than the previous confession. In the latest case, it is a "dead-end", because if after a previous confession, the defendant refuses to testify, the court simply reads the investigative testimony, and accepts without concern (a good example is the mentioned murder case against the taxi driver). But it does not help him too, if the defendant testifies differently from his former statements, the court also read the former (investigative) testimony.

The defendant in vain refers to the fact that during the investigative testimony, which was disadvantageous to him (and possibly not even held), promises were made to him by the authorities ("if you confess, you will be free"), or he was forced to make the confession, the typical judicial reaction is to warn the defendant, that this is an accusation of committing a crime, made against the authorities. The defendant is rarely able to prove these breaches. Yet there is an example for it. Cardinal Mindszenty always wrote two letters near his signature at his testimony, one "C", and one "F", which means "coactus feci", „under coercion". But it is

⁷ See problems about it: Csongor HERKE – Csaba FENYVESI – Flórián TREMMEL: *A büntető eljárásjog elmélete*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2012. p. 157.

recommendable that the defendant, in case of forced confession, puts it clearly as a disproved lie, which the interrogator does not know that it is false and then easily provable (for example, telling an accessory as a person whom he knows was not in Hungary when the crime was committed, a different color, number, name, date, etc.). Unfortunately, the defendants are not prepared for this, so in the case of former confessions, it is hard to prove these untruths.

In the context of the false confession and the defendant's right to silence, two problems arise in practice. One is, despite of the explicit provision of law, that the authorities write the defendant's or witness's statement into a report, and the other is, when they use the defendant's investigative testimony in the trial as an evidence (which the Act allows in certain limits, although we have reservations about it). In the following, the latter case is further examined substantially.

II. The use of the defendant's testimony in the trial, which was given in the course of the investigation

The use of the defendant's investigative testimony was enabled by an amendment from 1998 of the former Criminal Procedure Act (Act I of 1973)⁸. Even this time some authors criticized this institution. One view was, that if the accused refuses to testify at the trial, the investigative testimony is not readable, because the defendant exercises his right to silence, so the defendant is simply not questionable. The other side thinks that, if the defendant does not testify at the trial, there is conflict between the document (former testimony) and the statement (or rather non-statement), so that this is definitely readable. VARGA committed oneself, that if the defendant refuses to testify at the trial, his investigative testimony can not be read, thus emerges only the defendant's right of silence⁹. It was acceptable by the act then, because the refusing defendant was not in the list of the act¹⁰.

The use of investigative testimony is now clearly allowed by the Act XIX of 1998, but in our opinion this is very debatable. It is not frequent that the testimonies recorded before the trial are absolutely not usable in several western-European countries. In fact, according to BOCZ, in many countries, the perception prevails that the criminal procedure can only begin at the trial on the merits, all that is happening before is only a specific administrative (police) method. In the United States, the defendant's testimony to the detective only serves as evidence that the defendant testified, but what the defendant said, it does not prove¹¹. However according to article 500 of the Italian Criminal Procedure Act, those statements which were recorded before the trial, are evaluated in order to state the defendant's trustworthiness.

⁸ See Act XXVI. of 1989., 7 section.

⁹ Zoltán VARGA: *A nyomozati vallomás felolvasásának néhány problémája*. Magyar Jog, 1990/12. 1062. p.

¹⁰ Zoltán VARGA: *A nyomozati vallomás felolvasásának néhány problémája*. Magyar Jog, 1990/12. 1066. p.

¹¹ Endre BÓCZ: *A gyanúsított kihallgatásának amerikai taktikájáról*. Belügyi Szemle, 2001/2. 22. p.

The Act XIX of 1998 is limiting the use of the former testimony of the defendant and the witness as follows (because it means the impairment of the principle of immediacy):

a) Reading out and presenting the earlier testimony of the accused

1. If the accused does not wish to make a testimony at the trial, and in the case of

- the absence of the duly summoned accused who has failed to attend and is at liberty

- or of an accused of unknown location,

at the motion of the prosecutor, the accused or the counsel for the defence or ex officio, the presiding judge shall either read the testimony of the accused given in the course of the investigation or have it read out by the keeper of the minutes.

2. If the accused had been questioned as a witness in the course of the investigation, the testimony may only be read out if it is motioned by the accused, or the minutes taken on the testimony clearly indicate the warning specified in Section 85 (3), as well as the reply thereto..

3. The testimony of the accused given in other criminal proceedings as a suspect or accused may only be read out if the minutes taken on the testimony clearly indicate the warning specified in Section 117 (2), as well as the reply thereto.

4. At the motion of the prosecutor or the counsel for the defence, or ex officio, the presiding judge may also present parts of the earlier testimonies – i.e. those given in the course of the proceedings as a suspect or accused – of the accused, if the accused has changed his testimony in the meantime.

5. Parts of the earlier testimony may only be presented, if the accused has been asked about facts and circumstances contained in the presentation, or the accused has given a testimony concerning such facts and circumstances. The presiding judge shall ensure that the extent of the presentation is sufficient to establish the facts of the case.

b) Reading out and presenting the earlier testimony of the witness

1. At the motion of the prosecutor, the accused or the counsel for the defence or ex officio, the presiding judge shall either read the testimony of the witness given in the course of the investigation or have it read out by the keeper of the minutes, in the following cases:

a) the witness cannot be questioned at the trial, or his attendance would pose unreasonable difficulties due to his state of health, or would not be possible owing to his long term stay abroad,

b) the witness unlawfully refuses to give testimony at the trial,

c) the trial has to be recommenced pursuant to Section 287 (3),

d) the witness gave a written testimony pursuant to Section 85 (5) and (6) and the court does not deem his questioning at the trial necessary,

e) the court requested a written testimony from the witness pursuant to Section 281 (8).

2. The presiding judge shall read out loud, present or have the testimony of the witness given in the course of the investigation read out by the keeper of the minutes upon the motion of the prosecutor written in the indictment according to section 217 (3) h), if the questioning of the witness was not requested on the grounds set forth by section 285 (1) and the questioning of the witness at the trial does not deemed to be necessary by the court either.

3. If the witness exercises his right of exemption at the trial, his earlier testimony may not be read out.

4. If the person to be questioned at the trial had been questioned as a suspect or accused in the earlier stage of the procedure, his earlier testimony or the part of his testimony is subjected to the right to exemption granted in Section 82 (1) may only be read out with his consent.

5. At the motion of the prosecutor, the accused or the counsel for the defence, or ex officio, the presiding judge may present parts of the earlier testimony of the witness, if the witness cannot reckon the events or there is a contradiction in his testimonies given at the trial and earlier. The presentation – subject to the provisions set forth in Section 296 (3) – may also extend to the testimony of the witness given in the former stages of the procedure or in another procedure as a suspect or accused.

6. Parts of the earlier testimony may only be presented, if the witness has been asked about facts and circumstances contained in the presentation, or the witness has given a testimony concerning such facts and circumstances. The presiding judge shall ensure that the extent of the presentation is sufficient to establish the facts of the case.

It comes from the above, that while the witness has narrow testimony denial right, and the defendant has whole right of silence (which is highly wider juridical position, because the defendant need to say nothing), until then in case of the use of the former testimonies it turns.

If the defendant or the witness denies testifying at the trial, then this may have the following consequences:

Subject of the procedure	Use of the former testimony (if the subject denies to testify)
<i>Witness</i>	NOT usable
<i>Defendant</i>	Usable
<i>First defendant, later witness</i>	NOT usable
<i>First witness, later defendant</i>	Usable

The witness has much wider rights of disposal in respect of the former testimony, as the defendant, if at the trial the witness is entitled to refuse to testify (for example, if he or she is a relative of the accused), then all the previous testimonies are eliminated from the scope of the evidence. In case of the defendant, it is the opposite: if the defendant refuses to testify, then he almost “amplifies” the former testimony, which the authorities will use (and because he

refuses to testify, the defendant is not questionable too). The adequate instructed defendant in this case will rather not use the right to silence, because he or she knows that he/she can only replace the former untrue testimony with a new one¹². But it is not a correct legislation, which gives a fundamental right for someone whilst encouraging them not to use it.

And we have not even touched on what happens if the defendant's testimony refers to a witness's testimony who later refuses to testify, so his testimony will be eliminated from the scope of the evidence. If, for example, the defendant commits a crime against his own wife, what his wife says in her testimony, and the defendant just says in his own interrogation that "everything that my wife told is word for word true", it is useless if he refuses to give evidence at the trial, the judicial authorities will still use that evidence. But the statement is not worth much if the wife declines to make the testimony at the hearing because of the relative relationship, therefore the defendant's confession will be "empty". Even a more practical example, if the defendant always says to the witness during the confrontation, that "it's true, as you told me", and then the witness uses the immunity right, thus the merits of the confrontation procedure will be deleted. Thus, the witness in this case has the contents of the defendant's testimony however, the "right to silence" rule serves the interests of the defendant, which is one of the main pillars of a fair trial.

In relation to the use of the defendant's former testimony, VARGA raises the question what to do if the defendant during the investigation repeatedly gave testimony, that he partially denies, partially confesses, performs the facts so-so etc., and refuses to testify at the trial (and can therefore not clarify the contradictions with questions).

What can the court consider as the chain of events (specially, if other evidence is also sufficient)? And thus we continue to emphasize the principle that the right to silence should prevail, that is, that the defendant can freely decide to make any statement or not. It looks that the defendant is the subject of the procedure, who has the widest rights, his right to defense is also limitless, even with those exceptions when he cannot use the right to silence accordingly.

Many judges expressly welcome the going back to the investigative statement because of lawsuit-economical reasons¹³. According to BÓCZ this may be because it is much easier to read the former testimony, than to interrogate the defendant professionally, and then use the statement as evidence¹⁴. However, in our opinion, neither the procedural economy, nor the simplification should be a criterion, which may sustain such derogation to the principle of immediacy. As far as we are concerned, the use of the investigative statements is unacceptable in any adversarial trial.

¹² Zoltán VARGA: *A nyomozati vallomás felolvasásának néhány problémája*. Magyar Jog, 1990/12. 1064. p.

¹³ Ágnes Dóra ALFÖLDI: *A vallomások megszerzésének nehézségei a büntetőeljárársban*. Magyar Jog, 2011/12. 743. p.

¹⁴ Endre BÓCZ: *A büntetőeljárársbeli bizonyítás néhány szemléleti és elméleti kérdése*. Magyar Jog, 2008/2. 80. p.

2.

The definition of criminal organization and consequences of committing crime in the framework of a criminal organization under Hungarian criminal law

Associate Professor Ph. D. dr Ágnes BALOGH*
University of Pécs,
Law Faculty

Abstract

The problem of organized crime, which has by now become transnational in nature, concerns numerous branches of science. The present paper endeavours to approach the topic from the aspect of substantive law, providing an overview of changes in statutory regulation concerning the notion of criminal organization and the relevant legal institutions. The paper deals with the substantive legal consequences attached to perpetration within the framework of a criminal organization and the practical problems raised by the definition of the term.

Keywords: group, criminal conspiracy, criminal organization, legal consequences

Rezumat

Problema crimei organizate, care are deja o natură transnațională constituie obiect de studiu pentru numeroase științe. Prezenta lucrare își propune să abordeze această temă din perspectiva dreptului substanțial, oferind o privire asupra schimbărilor legislației cu privire la noțiunea de organizație criminală cu privire la instituțiile legale relevante. Lucrarea tratează consecințele legale substanțiale care se produc ca urmare a infracțiunilor comise în cadrul unei organizații criminale, precum și problemele practice ridicate de definiția termenului.

Cuvinte cheie: grup, asociere infracțională, organizație infracțională, consecințe legale.

* balogh.agnes@ajk.pte.hu

1. The fight against organized crime is one of the greatest challenges of the 21st century

Tendencies of internationalization of organized crime were already revealed by criminological research decades ago, and numerous articles and studies have written to provide a detailed analysis of the components of the increased level of danger represented by it. Beyond its theoretical significance, the issue of organized crime also raises practical questions which present themselves, on the one hand, in the law enforcement field and, on the other hand, in criminal policy and crime prevention field.

Due to the interdisciplinary nature of the topic, it concerns numerous branches of science; however, the present study undertakes to approach this topic only from the aspect of substantive criminal law, further narrowing it – for reasons of length – to the definition of criminal organization and the relating legal consequences.

2. The definition of criminal organization and changes in that definition

The Hungarian Criminal Code has contained a provision relating to criminal organization since 1997¹. The legislator provided a definition for the notion, and in the Special Part of the Code a new provision was inserted creating the criminal offence of establishment of a criminal organization², while in the case of numerous criminal acts³, their commission by a person being a member of a criminal organization was evaluated as an aggravating circumstance.

Pursuant to the definition given by the Act, “a criminal organization is a criminal conspiracy established to repeatedly commit criminal acts – based on a distribution of labour – for the purpose of gaining profits on a regular basis.”

¹ Act LXXIII of 1997, § 9.

² 263/C. § (1) A person controlling a criminal organization whose members commit homicide (Subsections (1)-(2) of Section 166), battery (Subsections (1)-(5) of Section 170), violation of personal freedom (Section 175), kidnapping (Subsections (1)-(4) of Section 175/A), terrorist act (Subsections (1)-(2) of Section 261), seizure of aircraft (Subsection (1)-(2) of Section 262), taking the law into one's own hands (Subsection (1) of Section 273), illegal acts with narcotics (Section 282), money laundering (Subsections (1)-(3) of Section 303), robbery (Section 321), blackmail (Section 323) shall be punishable for felony with imprisonment between one to five years.

(2) A person controlling a criminal organization created for commission of the crime of making prohibited pornographic pictures (Section 195/A), promotion of prostitution (Section 205), pandering (Subsection (1)-(3) of Section 207), smuggling of illegal aliens (Section 218), arms smuggling (Section 263/B), counterfeiting (Subsection (1)-(2) of Section 304) or theft (Section 316) shall be punishable in accordance with Subsection (1), if members of the criminal organization have also committed violent crimes against persons.

(3) A person establishing a criminal organization defined in Subsections (1)-(2) shall be punishable for felony with imprisonment between one to five years.

(4) A person who is a member of or provides financial means to a criminal organization defined in Subsection (1) shall be punishable for felony with imprisonment up to three years.

(5) No punishment may be imposed on a member of a criminal organization who leaves the criminal organization before its existence becomes known to the authorities, or reports it to the authorities and assists in establishing the identity of other members of the criminal organization.

³ Promotion of prostitution, pandering, man-smuggling, misuse of explosive or blasting agent, misuse of firearms or ammunition, misuse of narcotic drugs, money laundering, crime in respect of foreign exchange, tax and social security fraud, smuggling and receiving smuggled goods, theft, fraud, robbery, blackmail and handling stolen goods.

Pursuant to the explanatory notes made by the Minister concerning the notion, the definition emphasized three elements of the content criteria of organized crime: the continuous commission of criminal acts, the structured nature of the organization and the gaining of profits. Reference was also made to the fact that, apart from the above, criminology enumerates additional criteria (thus, e.g. the methods applied by the organization include intimidation, the fact that it infiltrates legal economy, it is a conspired organization, its members are unknown to each other and they are bound to secrecy concerning the operation of the organization, they use conspiracy to achieve their aims), however, the Act does not formulate all of the characteristic criteria.

The definition was based on the notion of *criminal conspiracy*, which is a form of joint perpetration that differs in quality from perpetration by co-principals or group perpetration. The difference lies in its organized nature, as the essence of criminal conspiracy is the organized commission of criminal offences, in other words, the organization of the criminal activity itself.

Joint perpetration by *co-principals*⁴, as a mode of perpetration is restricted to intentional crimes. Its objective criterion is the joint realization of the legal facts of the crime laid down by the Act, while its subjective criterion is the parties' mutual awareness of each other's activity, which presupposes a unity of purpose between the persons acting jointly. The joint realization of the legal facts can take place in different ways: it is possible that each co-principal realizes every element of the legal facts of the crime by his or her own act. Thus, for example, it is possible to establish robbery perpetrated by co-principals where each perpetrator participates both in exerting violence and the taking of the victim's property.

The crime can also be realized so that each co-principal realizes only some element of the legal facts and those elements together result in the realization of the totality of the legal facts of the crime. This type of perpetration by co-principals is frequent in the case of crimes the legal facts of which consist of several elements. Sticking to the above example, robbery may also be committed in such a way that one person exerts the violence and the other perpetrates the conduct element.

*Group (or gang) perpetration*⁵ is a form of joint perpetration, which increases the degree of social dangerousness of the act by the fact that minimum three persons are involved in the commission of the crime. With regard to establishing group perpetration it is insignificant whether a member of the group acts as principal or accessory, however, participation in the perpetration of the crime presupposes presence at the scene of perpetration. Pursuant to the established judicial practice, it is not a precondition for categorization as group perpetration that each of the perpetrators should be identified or that each of them should be charged with the crime. It is not a ground for excluding group perpetration if one of the persons involved in the perpetration is exempt from criminal liability due to a

⁴ Co-principals are the persons who jointly realize the legal facts of an intentional crime, in awareness of each other's activities. [Criminal Code, § 19 (3)]

⁵ A crime is deemed to have been committed in a gang if it contains at least three persons participating. [Hungarian Criminal Code, § 459 (1) point 3]

legal obstacle (defence) – insanity, infancy – (BH⁶ 1987. 194.), or his criminal liability has become extinguished (BH 1988. 303.).

Perpetration by a group – with regard to the increased level of danger presented by it – usually appears in the Special Part of the Criminal Code as an aggravating circumstance, for example, in the case of affray, robbery, robbery through inebriation or intimidation, and illegal entry into private property.

For group perpetration there is no requirement of organized nature or even of preliminary agreement. It is also possible that perpetrators who are unknown to each other realize group perpetration of the crime during their incidental meeting, therefore it is different from criminal conspiracy or criminal organization. In the case of group perpetration the group does not have a firm organizational system of conspiratorial character, infrastructure or a form of activity similar to an undertaking⁷.

Pursuant to the definition laid down by the Criminal Code, *criminal conspiracy* comes into being, if two or more persons commit crimes in an organized manner or agree thereon⁸.

A detailed interpretation of the elements of the definition was published by the Supreme Court in its decision on principle Nr. IV, according to which “with regard to the definition of the notion of criminal conspiracy, the Criminal Code considers the commission of the crimes in an organized manner, in other words, the situation where the agreement between the persons involved, namely, the members of the criminal conspiracy is directed at the realization of several offences without organizing the details of the execution of every individual offence. This is explained by the fact that the Act has regard to the higher degree of danger to the society – which is to be evaluated as an aggravating factor – caused by the fact that the perpetrators did not merely commit or attempt to commit a specific crime, but they organize their criminal activity itself.” The decision on principle also pointed out that the commission of crimes in an organized manner involves preliminary agreement to realize those crimes, however, the emphasis laid by the Act on preliminary agreement also aims to render it possible that, in case the commission of only one crime has been realized or attempted, but its commission was preceded by an agreement to commit crimes, the higher degree of danger to society resulting from this latter circumstance could be taken into account. Thus, both expressions contained in the definition refer to the commission of several crimes; that is why it is possible to establish criminal conspiracy also where the perpetrators have managed to realize or attempted to commit only one of the planned offences.

Therefore the definition of *criminal organization* created in 1997 was based on the notion of criminal conspiracy as described above, constituting a special form of it. According to the explanatory notes, the legislator proceeded from the proposition that “every criminal organization is also a criminal conspiracy, such a criminal conspiracy that has been established for the commission of not only a few crimes,

⁶ “Bírószági Határozatok” [Court Decisions, in Hungarian: “BH”].

⁷ F., Nagy, *A magyar büntetőjog általános része*. [The General Part of Hungarian Criminal Law] HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2008. p. 227.

⁸ Hungarian Criminal Code, § 137, point 6.

but that pursues this activity as a criminal undertaking continuously, there is a – predefined – division of labour between its members and their activity is aimed at the realization of as much as possible profit.” The definition emphasized continuity and profit-making, therefore the notion of criminal organization – as stated by Mihály Tóth in his essay published as early as 1997⁹ – basically corresponded to “continuous, business-like criminal conspiracy”.

In 1998¹⁰ the legislator modified the definition of criminal organization. Pursuant to this: a criminal organization is a criminal conspiracy established to commit criminal acts on a regular basis for the purpose of enrichment, that is based on the distribution of labour, a hierarchy of subordinates and superiors and on active participation based on personal relationships¹¹.

The explanatory notes attached to this point of the Act stressed that “the definition emphasizes the circumstance expressing the requirement that the conduct is to be carried out within organized frames and therefore it is different in quality from when individuals are merely acting together. On the other hand, the definition laid down by the Act gives expression to the significance of personal connections and the importance of having a personal role (even if an abstract role), the latter being a necessary concomitant of being part of a criminal organization. By the amendment the Act aimed to achieve that ‘criminal organization’ should not be a term that could be defined only by itself, instead the characteristic features of the mechanism should serve as an unambiguous guiding principle with regard to establishing the existence of a criminal organization.” However, this latter objective seems to have failed.

Undoubtedly, the new definition contained more elements compared to the earlier one; however – despite the intention of the legislator – this did not result in a change in quality. The expression “continuous commission” was replaced by “regular commission” in the Act, and “division of labour” was substituted by “division of tasks”. New elements include the hierarchical structure and the division of roles based on personal connections. However, the definition continued to be based on the definition of criminal conspiracy and it was sufficient if there was an agreement between two persons, in which case it was not possible to interpret ‘hierarchical relationship’. “Organizations consisting of two members (?) can hardly present such an increased level of danger to society that would justify the creation of a new term going beyond the notion of criminal conspiracy”¹².

Within a short period of time a new amendment was adopted. Act CXXI of 2001 changed the definition of criminal organization, and in connection with this, it also supplemented the definition of criminal conspiracy. Pursuant to the provisions of the Act, “criminal conspiracy” shall mean when two or more persons are engaged in criminal activities in an organized fashion, or they conspire to do so

⁹ M. Tóth, *A bűnszervezet környéke*. [The environs of the criminal organization] *Jogtudományi Közlöny* in *Legal Science Journal* 1997, no. 12, p. 507.

¹⁰ Act LXXXVII of 1998, § 9. In force: as of 01.03.1999.

¹¹ Established: by Section 35 of Act LXXXVII of 1998. In force: as of 1. 03. 1999.

¹² M. Tóth, *A bűnszervezeti elkövetés szabályozásának kanyargós útja*. [The crooked path of regulating the commission of criminal acts within the framework of a criminal organization. Hungarian Law 2015/1. 5. o.] *Magyar Jog* 2015/1. 5. o.

and attempt to commit a criminal act at least once, however, it is not considered a criminal organization¹³. "Criminal organization" shall mean when a group of three or more persons collaborate to deliberately engage in an organized manner in criminal acts, which are punishable with five years of imprisonment or more¹⁴.

Developing the means of effective action against organized crime received special emphasis both in the European Union and other international organizations. In this respect, special significance may be attributed to the Palermo Convention against Transnational Organized Crime adopted on 14 December 2000, which was incorporated into Hungarian law through its promulgation by Act CI of 2006. The purpose of this Convention is to promote cooperation to prevent and combat transnational organized crime more effectively.

Pursuant to the Convention:

(a) "Organized criminal group" shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit;

(b) "Serious crime" shall mean conduct constituting an offence punishable by a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty;

(c) "Structured group" shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure;

The definition described above and in force now was also based on Council Framework Decision 2008/841/JHA¹⁵, pursuant to which "criminal organisation" means a structured association, established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences which are punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or a more serious penalty, to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit. The Framework Decision provides a definition for "structured association": it means an association that is not randomly formed for the immediate commission of an offence, nor does it need to have formally defined roles for its members, continuity of membership, or a developed structure.

Consequently, in accordance with international requirements, the definition of criminal organization contained in the Criminal Code in force is built not on the notion of criminal conspiracy, but that of a group, therefore collaboration between fewer than three persons cannot lead to establishing the existence of a criminal organization. Raising the number of the persons participating in perpetration was undoubtedly justified, "however, it is not lucky to base the definition of criminal organization on the notion of "group", because it is a determining criterion for group perpetration that three or more persons should be present at the scene of the crime or in its vicinity at the time of the perpetration. Taking this requirement into account would unjustifiably narrow down the possibility of establishing perpetration

¹³ Established: by para. (4) Section 19 of Act CXXI of 2001. In force: as of 1.4. 2002.

¹⁴ Established: by para. (5) Section 19 of Act CXXI of 2001. In force: as of 1.4. 2002.

¹⁵ http://epa.oszk.hu/00800/00878/01624/pdf/L_2008_300_0042_0045.pdf

by a criminal organization, since this is generally inconsistent with the nature of the operation of criminal organizations and the division of labour characterizing it”¹⁶.

It is a new element that the definition points out as a purpose not “financial benefit/enrichment”, but the commission of criminal acts that are punishable with five years of imprisonment or more. Naturally, this does not mean that the perpetrator must know about the measures of punishment, but he must understand that the purpose of the criminal organization is to commit serious crimes.

As far as the other elements of the definition are concerned, this new regulation did not result in a decisive change either. The number of persons participating in the commission of the crime and the measure of punishment that may be imposed for the realized crime can be determined precisely. The problem lies in the factual elements that require consideration, namely “a group of persons collaborate in the long term in an organized fashion”. If one is to consider the definition in relation to the definition of “criminal conspiracy”, their delimitation is possible, obviously, based on the mentioned element of the definition. This is explained by the fact that it cannot be excluded that three persons are involved in the criminal conspiracy and the criminal act realized by them is punishable with imprisonment of more than five years (e.g. drug-trafficking).

Consequently, it is a fundamental question in what ways “a group of persons collaborating in an organized fashion” means more than “engagement in criminal activities in an organized fashion”. Even the contents of ‘engagement in criminal activities in an organized fashion’ is difficult to define, since if several persons commit or conspire to commit several crimes, this in itself presupposes some kind of cooperation.

A further question is how “in the long term” should be interpreted in practice. Criminal conspiracy is not necessarily a form of long-term joint perpetration; however, it is not possible to exclude cooperation between the members for a considerable period of time.

There is a difference in the extent of organization of the activity of a criminal conspiracy and that of a criminal organization, which results in a difference in quality beyond a certain point. However, this does not mean a very sharp dividing line. The problems raised are not merely of theoretical importance. Perpetration in the framework of a criminal organization is a question that concerns not only the legal classification of the act, but also the imposition of punishment, since if the maximum penalty imposable by law amounts to five years’ imprisonment, the maximum limit of the penalty is doubled. The practical relevance of delimiting the two notions is not negligible because of the legal consequences either.

3. Legal consequences of perpetration within the framework of a criminal organization

The legal consequences of perpetration within the framework of a criminal organization were incorporated into the system of the Criminal Code in 1997, simultaneously with the creation of the term. As it has already been pointed out,

¹⁶ F. Nagy, *A Magyar Büntetőjog Általános Része*. [The General Part of Hungarian Criminal Law] HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2010. p. 227.

Act LXXIII of 1997 defined the term of criminal organization, inserted the crime of “establishing a criminal organization” into its Special Part, moreover, it laid down perpetration within the framework of a criminal organization as an aggravating circumstance in the provisions on the legal facts of numerous criminal offences, providing for a punishment of imprisonment of 2-8 years, 5-10 years, and in some cases (e.g. misuse of drugs, robbery) 5-15 years.

The application of the penalty of confiscation of property was prescribed obligatorily – in deviation from the general rule – as a legal consequence concerning the felony of establishing a criminal organization (263/C. §), or if a crime has been committed within the framework of a criminal organization, and commission within the framework of a criminal organization is an aggravating circumstance concerning the crime, provided that – in both cases – the crime has been committed for the purpose of obtaining a financial benefit, the perpetrator has appropriate assets and an immediate (non-suspended) sentence of imprisonment has been imposed on the perpetrator.

The amendment of 1998 expanded the consequences of commission within the framework of a criminal organization substantially. The legislator tightened the provisions relating to the confiscation of property laying down as a starting point that the assets obtained by the commission of crime must be seized from the person, since the commission of crime cannot constitute a basis – even implicitly – for the recognition of any acquisition of property.

If the origin of some assets may be linked to the commission of an intentional crime, and the said assets were acquired by the perpetrator either at the time of the perpetration or afterwards, in accordance with the Act, he is to be deprived of them. The Act provides for the possibility of confiscation of property not merely in the case of an immediate sentence of imprisonment, but also in every case where the court passes a sentence of imprisonment.

The Act contained new provisions also concerning the determination of the form of execution of imprisonment. Similarly to most serious crimes against public safety, the Act provided for the execution in a penitentiary of a sentence of imprisonment of three or more years imposed for establishing a criminal organization or specific crimes that were committed within the framework of a criminal organization or commissioned by a criminal organization and an exhaustive list of which is given by the Act (e.g. pandering, man-smuggling and money laundering). At the same time, perpetrators who committed the crime within the framework of a criminal organization were excluded by the Act from the possibility of release on parole. In the case of offenders falling within this category there is no possibility for suspending the execution of the sentence of imprisonment either.

It was inserted as a further legal consequence that the commutation of the sentence, in other words, imposing a punishment that is lighter than the punishment prescribed as the minimum, can only take place in situations requiring special consideration if the perpetrator has committed the crime of establishing a criminal organization.

Act CXXI of 2001 carried out significant changes concerning organized crime. A fundamental modification – closely connected with the change in the definition of

criminal organization – is that commission of the crime within the framework of a criminal organization is defined by the Act not as an aggravating circumstance concerning specific criminal offences (e.g. trafficking in human beings), but it is laid down by the Act in a provision in the General Part that in all cases where an intentional crime punishable with imprisonment of five or more years is committed within the frames of a criminal organization, the maximum imposable penalty is to be doubled, however, this punishment may not exceed twenty years¹⁷. On the other hand, the Act provides for the punishment of participation in a criminal organization as a sui generis crime.

To the amendment are linked rules relating to the execution of the sentence of imprisonment, the exclusion of the possibility of release on parole, the confiscation of assets, and the suspension of the execution of the sentence as well as the special ground extinguishing criminal liability that is related to the statutory provision on participation in a criminal organization.

In the case of the commission of a crime within the framework of a criminal organization, rules relating to the execution of the sentence became harsher, accordingly, the sentence of imprisonment of two (earlier: three) or more years is to be served in a penitentiary if the convicted offender has committed the crime within the framework of a criminal organization. It is a new provision – although without much practical relevance – that the person cannot later be exempted from a permanent prohibition to engage in a professional activity if he has committed the crime within the framework of a criminal organization.

The Act also amended the provisions relating to confiscation and confiscation of assets in a way to emphasize the character of confiscation as being aimed at ensuring safety and the prevention of further criminal acts. The application of confiscation was restricted to the range of items that were closely connected with the commission of the crime (instrument, object created by way of a criminal act, the object for which the criminal act was committed, media products in which a criminal act is realized), and the confiscation of which was justified not because of their financial value.

The modification of rules relating to confiscation of property abolished the possibility of confiscating lawfully acquired property. As a result, confiscation of property has lost its repressive sanction-like character, since it permits only deprivation of assets obtained through the commission of criminal acts. Act CXXI of

¹⁷ Crimes Committed as an Activity of Organized Crime Section 98.

(1) Any person who has knowingly committed a criminal act in affiliation with organized crime (Point 8 of Section 137) shall be subject to double the punishment specified for the crime in question, however it shall not exceed twenty years. In respect of cumulative sentences and waiver of right to trial, the terms of punishment specified in Subsection (2) of Section 85 and in Section 87/C shall apply, respectively.

(2) Under Subsection (2) of Section 87 the sentence can be reduced only under extraordinary circumstances.

(3) Any person committing a crime in affiliation with organized crime shall be subject to expulsion as a subsidiary punishment.

(4) Upon conviction for a crime committed in affiliation with organized crime, the legal consequences prescribed in this Act for crimes committed in criminal conspiracy cannot be applied.

2001 changed the place of confiscation of property in the system; as a consequence of this modification, confiscation of property is no longer a supplementary punishment, but a measure. Its essence lies in restoring the perpetrator to the financial position he was in before the commission of the crime.

Depriving criminal organizations of their financial base is regarded by the legislator as one of the most effective instruments in the fight against organized crime, therefore the law provides, as a general rule, for the confiscation of property acquired by the offender during his participation in a criminal organization. It lays down as an exception to the general rule that confiscation of property cannot be ordered concerning assets that have been proved to have been acquired lawfully.

At the same time, the Act also states that all assets obtained by the perpetrator during his involvement in a criminal organization are to be regarded as subject to confiscation until proven otherwise.

It follows from this that the risk of failure to provide proof is to be borne by the accused, in other words, if such assets are of dubious origin, namely, they are not unambiguously proven to have been acquired in a lawful way, and not during the involvement of the accused in a criminal organization, the court is to order the confiscation of those assets.

The Act of 2001 did not affect the legal consequences introduced by the earlier law relating to the exclusion of the possibility of a suspended sentence of imprisonment or of release on parole.

Apart from the above, the new Criminal Code created by Act C of 2012 formulated numerous other legal consequences, which may be summed up as follows:

- the maximum penalty prescribed for the crime in question is doubled, however, it cannot exceed twenty-five years (91. §);
- the provisions of the Act relating to active repentance are not applicable [§ 29 (3)];
- the maximum duration of a fixed-term imprisonment for crimes committed in the framework of a criminal organization is twenty-five years (§ 36);
- a sentence of imprisonment imposed for a term of three years or more is to be carried out in a penitentiary if the convicted perpetrator committed the crime in the framework of a criminal organization [§ 37 (3)];
- persons sentenced for criminal offenses committed in the framework of a criminal organization may not be released on parole; [§ 38 (4)];
- in the event a sentence of life imprisonment is imposed, the possibility of parole is denied if the perpetrator committed the violent criminal offense against a person defined in the Act (e.g. aggravated cases of homicide, kidnapping, and trafficking in human beings) in the framework of a criminal organization [§ 44 (2) point b)];
- the court may not grant exemption to a person subject to a permanent prohibition to engage in professional activity, if the person committed the criminal offense in the framework of a criminal organization and the prohibition to engage in that profession was ordered permanently on the grounds of unworthiness [§ 53 (4)];

- they may not be released on probation [§ 65 (2)];
- work performed in amends may not be imposed if the perpetrator committed the criminal offense in the framework of a criminal organization [§ 67 (2) point b)];
- confiscation may not be omitted under § 73 of the Criminal Code if the perpetrator committed the criminal offense in the framework of a criminal organization;
- in the absence of proof to the contrary, all assets obtained by the perpetrator during his involvement in the framework of a criminal organization are to be regarded as subject to confiscation [§ 74 (4)];
- execution of a sentence of imprisonment may not be suspended if the perpetrator committed the crime in the framework of a criminal organization [§ 86 (1)];
- any person committing a crime in the framework of a criminal organization shall be subject to banishment (§ 91).

Out of the above legal sanctions – taking the definition of criminal organization as our basis – the application of *conditional discharge*¹⁸ may be excluded from the outset, since this measure can only be applied in the case of misdemeanours¹⁹ and felonies punishable with imprisonment not exceeding three years, if it may reasonably be presumed that the aim of punishment can be achieved through this measure as well. The possibility of *work performed in amends* is also excluded. This measure may be applied under similar conditions to conditional discharge, with the difference that apart from deferring the imposition of punishment the court orders the offender to perform work in amends, which may be carried out by the perpetrator based on his choice at or for the benefit of an institution maintained by the state or local government, a public benefit civil society organization, or a church as a legal entity.

Due to the statutory regulation, *active repentance* cannot be applied either. The essence of this ground for release from criminal liability lies in repairing the harm inflicted by the criminal offence, which is performed by the perpetrator based on the contract concluded within the framework of a mediation process. Its application is possible only in the case of specific misdemeanours and felonies punishable with imprisonment not exceeding three years that are laid down by the Act, provided that the perpetrator pleaded guilty to the criminal offence prior to the charge. Unlimited reduction of penalty is possible only in the case of felonies punishable with imprisonment not exceeding five years.

Out of the legal consequences connected with the commission of crime in the framework of a criminal organization, the provisions of § 91 have the greatest practical relevance. Pursuant to Subsection (1), any person who has knowingly committed a criminal act in the framework of a criminal organization shall be

¹⁸ The essence of this measure is that the court – if the conditions defined for this by the Act are met – establishes the fact of the commission of the crime and the guilt of the accused, but defers the imposition of a punishment for a probationary period.

¹⁹ Misdemeanour means any negligently committed criminal acts and intentional criminal acts punishable under the Act with a sentence of less than two years' imprisonment.

subject to double of the maximum penalty prescribed for the crime in question; however, it shall not exceed twenty-five years. In respect of cumulative sentences, where two criminal offences were committed, the upper limit of the applicable punishment increased by one-half of the maximum penalty is to be doubled.

So the range of penalty of 1-5 years is changed to 1-15 years, and the range of 2-8 years is modified to 2-24 years. The court will impose a sentence within the increased range having regard to § 80 (2) of the Criminal Code, pursuant to which where a sentence of imprisonment is delivered for a fixed term, the median of the prescribed scale of penalties is applicable, which means half of the sum of the lowest and highest penalties to be imposed. Consequently, the Criminal Code enables the court to impose a rather severe penalty, which is made even harsher by the fact that the perpetrator cannot be released on parole.

4. Conclusions

The analysis of changes in the definition of criminal organization has shown that, with respect to the legal regulation, the legislator has not been able to provide an adequate answer to the question of the nature of criminal organization. The definition in force at present raises problems of interpretation continuously, which the Curia has attempted to remedy by its law uniformity decision²⁰. Guidance may also be provided by the decisions delivered by the courts in specific cases, which, however, in the absence of direct evidence, often establish the existence of a criminal organization based on inference, and judgments often contain a reasoning merely citing the text of the Act, instead of interpreting the individual content elements of the definition as applicable to the commission of the specific criminal act.

It goes without saying that the higher level of danger to society presented by the commission of criminal acts in the framework of a criminal organization justifies the imposition of a more severe penalty, at the same time, the uncertain elements of the definition described above may lead to a situation where, under the burden of social requirements demanding severe sentencing, the court will extend the notion of criminal organization to cover such conduct which, based on the original intentions of the legislator and international rules, could not be deemed to be related to organized crime.

²⁰ Uniformity Decision No. 4/2005 BJE of the Supreme Court (Curia) on the possibility of establishing the fact of the commission of a criminal act within the framework of a criminal organization.

3.
Câteva considerații în legătură cu
neconstituționalitatea dispozițiilor art. 132 din
Legea nr. 78/2000
pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea
faptelor de corupție

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

Abstract

The current study deals with the issue created by the lack of clarity, precision, predictability and accessibility of art. 132 of Law no. 78/2000 by placing the criminal liability in proximity of a strict liability, the public servant or person referred to in art. 308 of the Criminal Code being unable to discipline his/her conduct given the fact that the terms laid out by the law, besides lacking a definition, are also ambiguous. On the other hand, the criminal liability can be aggravated due to a criteria that is totally unrelated to the conduct of the active subject of the offence, that has to do with aspects outside the deed prescribed by the criminal law and, often, even with the conduct of other subjects of law. All of these facts lead to the idea that the aforementioned text is unconstitutional, having in view the constitutional provisions of art. 1 para. (5) regarding the quality of the law, of art. 20 regarding the preeminence of international treaties on human rights over domestic laws, with reference to art. 7 para. (1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the legality of criminal offences and of art. 23 regarding individual freedom.

Keywords: *unconstitutionality, use, advantage, abuse of office, aggravation of liability, clarity, precision, predictability, accessibility*

Rezumat

Prezentul studiu abordează problema pe care o generează lipsa de claritate, precizie, previzibilitate și accesibilitate a dispozițiilor art. 132 din

Legea nr. 78/2000, prin plasarea răspunderii penale în proximitatea unei răspunderi obiective, funcționarul public sau persoana prevăzută la art. 308 C. pen. neputându-și disciplina conduita în condițiile în care noțiunile utilizate de către legiuitor, pe lângă faptul că nu sunt definite de lege, mai sunt și echivoce. Pe de altă parte, se ajunge la o agravare a răspunderii penale după un criteriu care poate fi totalmente străin de conduita subiectului activ, ținând de elemente exterioare faptei prevăzute de legea penală și, nu de puține ori, chiar de conduita altor subiecți de drept. Toate aceste aspecte conduc la ideea că textul anteamintit este neconstituțional prin relație cu dispozițiile constituționale ale art. 1 alin. (5) – referitor la calitatea legii, ale art. 20 – referitor la preeminența tratatelor internaționale privind drepturile omului asupra legilor interne, raportate la prevederile art. 7 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale – referitor la legalitatea incriminării, precum și ale art. 23 – referitor la libertatea individuală.

Cuvinte-cheie: *neconstituționalitate, folos, avantaj, abuz în serviciu, agravarea răspunderii, claritate, precizie, previzibilitate, accesibilitate*

1. Preliminarii

În acord cu prevederile art. 13² din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție¹, „în cazul infracțiunilor de abuz în serviciu sau de uzurparea funcției, dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un folos necuvenit, limitele speciale ale pedepsei se majorează cu o treime”.

Art. 13² din precitata lege a fost introdus prin Legea nr. 521/2004 privind modificarea și completarea Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție², care a modificat, în mod corespunzător și dispozițiile art. 17 lit. d), acest text având la momentul acela un alt conținut, respectiv: „Infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor publice, infracțiunea de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor și infracțiunea de abuz în serviciu prin îngrădirea unor drepturi, dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un avantaj patrimonial sau nepatrimonial, se pedepsește cu închisoare de la 3 la 15 ani”.

Abuzul în serviciu, în forma prevăzută de art. 13² din Legea nr. 78/2000 a fost calificat de legiuitor drept o infracțiune asimilată infracțiunilor de corupție, fiind introdusă în Secțiunea 3, purtând aceeași denumire, subsumată Capitolului II – Infracțiuni din lege. Art. 5 alin. (1) și (2) din Legea nr. 78/2000, astfel cum aceasta a fost modificată

¹ Legea nr. 78/2000 a fost publicată în M. Of. nr. 219 din 18 mai 2000.

² Legea nr. 521/2004 a fost publicată în M. Of. nr. 1123 din 29 noiembrie 2004.

prin Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal³, prevede că „sunt infracțiuni de corupție infracțiunile prevăzute la art. 289-292 C. pen., inclusiv atunci când acestea sunt comise de persoanele prevăzute la art. 308 C. pen.”, iar, în înțelesul aceleiași legi, „sunt infracțiuni asimilate infracțiunilor de corupție infracțiunile prevăzute la art. 10-13”⁴. Prin urmare, legiuitorul, prin chiar textul art. 5 din Legea nr. 78/2000, amplasat în Capitolul III, Secțiunea 1 (intitulată „Categoriile de infracțiuni”), a înțeles să clasifice infracțiunile reglementate de această lege în două mari categorii: *infracțiuni de corupție* și *infracțiuni asimilate celor de corupție*⁵.

Așa cum s-a arătat și în literatura de specialitate, art. 13² din Legea nr. 78/2000 reglementează o formă agravată a infracțiunii de abuz în serviciu⁶, condiția esențială pentru reținerea acestei forme fiind aceea ca funcționarul public să fi obținut „pentru sine sau pentru altul un folos necuvenit”.

Abuzul în serviciu, așa cum a fost caracterizat în doctrină⁷, reprezintă o incriminare cu caracter subsidiar prin raportare la „orice altă conduită abuzivă comisă de funcționarul public sau persoană de la art. 308 NCP⁸ incriminată punctual de către legiuitor”. O asemenea incriminare a fost criticată prin prisma compatibilității cu principiul ofensivității dreptului penal, textul fiind apreciat drept unul prea larg în exprimare.

În viziunea noului Cod penal, „abuzul în serviciu se poate realiza într-o variantă de bază [incriminată de art. 297 alin. (1)⁹], o variantă asimilată [cea prevăzută de art. 297 alin. (2)¹⁰], una atenuată (art. 308) și una agravată (art. 309¹¹)”¹².

³ Legea nr. 187/2012 a fost publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

⁴ Dispozițiile art. 5 alin. (3) din Legea nr. 78/2000 prevăd că „dispozițiile prezentei legi sunt aplicabile și infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene prevăzute la art. 18¹-18⁵, prin sancționarea cărora se asigură protecția fondurilor și a resurselor Uniunii Europene”, aceste infracțiuni nefiind calificate de către legiuitor drept infracțiuni de corupție.

⁵ În forma anterioară modificării realizate prin Legea nr. 187/2012, art. 5 din Legea nr. 78/2000 clasifica aceste infracțiuni în: infracțiuni de corupție și infracțiuni asimilate celor de corupție și infracțiuni în legătură directă cu infracțiunile de corupție, reglementate de art. 17 – în prezent abrogat –, la care se adăugau infracțiunile împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene prevăzute la art. 18¹-18⁵. În același sens, a se vedea S. Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 303.

⁶ S. Bogdan, D.A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 443.

⁷ *Ibidem*, p. 441.

⁸ Conform dispozițiilor art. 308 C. pen., în forma modificată prin Legea nr. 187/2012, „dispozițiile art. 289-292, 295, 297-301 și 304 privitoare la funcționarii publici se aplică în mod corespunzător și faptelor săvârșite de către sau în legătură cu persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără o remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul unei persoane fizice dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (2) ori în cadrul oricărei persoane juridice”.

⁹ Conform art. 297 alin. (1) C. pen., „fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică”.

Spre deosebire de vechiul Cod penal, care incrimina infracțiunile de abuz în serviciu contra intereselor persoanelor (art. 246), abuz în serviciu prin îngrădirea unor drepturi (art. 247), abuz în serviciu contra intereselor publice (art. 248) și forma agravată prevăzută de art. 248¹, noul Cod penal a realizat o unificare a celor trei texte incriminatoare și a renunțat la condiția de procedibilitate a plângerii prealabile pentru infracțiunea săvârșită de o altă persoană decât funcționarul public [art. 258 alin. (2)], iar, în cazul variantei asimilate, a procedat la eliminarea „originii sociale” ca mobil special al conduitei infracționale, „întrucât poate fi inclus în celelalte temeuri de îngrădire a exercitării unor drepturi”¹³.

2. Jurisprudența Curții Constituționale în materia clarității, preciziei și previzibilității textelor de incriminare

În conformitate cu dispozițiile art. 7 par. 1 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată de România prin Legea

nr. 30/1994¹⁴, „nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau o omisiune care, la momentul când ea a fost săvârșită, nu constituia o infracțiune, potrivit normelor de drept național sau internațional”, acest text consacrand două principii fundamentale ale oricărei legislații penale moderne: principiul legalității incriminării și corolarul său – principiul neretroactivității legii penale¹⁵. Așa cum s-a reținut în literatura de specialitate¹⁶, „instanța europeană a arătat că termenul «drept» («droit», «law») folosit în art. 7 par. 1 corespunde celui de «lege», care se regăsește și în alte dispoziții ale Convenției; el cuprinde atât normele de drept «de origine legislativă», cât și pe cele jurisprudențiale și presupune îndeplinirea unor «condiții calitative, și anume cele de accesibilitate și de previzibilitate»”.

Curtea Constituțională a României, prin două decizii recente¹⁷, a admis excepțiile de neconstituționalitate invocate cu privire la două texte de incriminare și

¹⁰ Alin. (2) al art. 297 prevede: „Cu aceeași pedeapsă se sancționează și fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, îngrădește exercitarea unui drept al unei persoane ori creează pentru aceasta o situație de inferioritate pe teme de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, orientare sexuală, apartenență politică, avere, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA”.

¹¹ Art. 309 C. pen. reglementează varianta agravată a mai multor infracțiuni de serviciu care au produs consecințe deosebit de grave, prin raportare la noțiunea de „consecințe deosebit de grave” definită de art. 183 C. pen. ca „pagubă materială mai mare de 2.000.000 lei”. Astfel, „dacă faptele prevăzute în art. 295, art. 297, art. 298, art. 300, art. 303, art. 304, art. 306 sau art. 307 au produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu jumătate”.

¹² 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. 659.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Legea nr. 30/1994 a fost publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

¹⁵ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 572.

¹⁶ *Ibidem*, p. 579.

¹⁷ Dec. CCR nr. 363 din 7 mai 2015, publicată în M. Of. nr. 495 din 6 iulie 2015; Dec. CCR nr. 603

6 octombrie 2015, publicată în M. Of. nr. 845 din 13 noiembrie 2015.

a constatat că ele contravin principiului legalității incriminării, prevăzut la art. 1 C. pen. și la art. 7 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și, în consecință, dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Constituție, care se referă la calitatea legii. Astfel, instanța de contencios constituțional a reținut cu privire la cerințele de claritate, precizie și previzibilitate a legii, în materie penală, prin Decizia nr. 363 din 7 mai 2015, par. 24 și 25, „în privința infracțiunii reglementate la art. 6 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 672 din 27 iulie 2005, în ipoteza infracțiunilor, inclusiv a celor reglementate în domeniul fiscal, că legiuitorul trebuie să indice în mod clar și neechivoc obiectul material al acestora în chiar cuprinsul normei legale sau acesta să poată fi identificat cu ușurință prin trimiterea la un alt act normativ de rang legal cu care textul incriminator se află în conexiune, în vederea stabilirii existenței/inexistenței infracțiunii. Prin aceeași decizie s-a constatat că, dacă legiuitorul își respectă numai din punct de vedere formal competența constituțională de a legifera, fără ca prin conținutul normativ al textului incriminator să stabilească cu claritate și precizie obiectul material al infracțiunii, aceasta poate determina o lipsă de previzibilitate a respectivului text. Curtea Constituțională a constatat că prevederile criticate nu respectă exigențele constituționale referitoare la calitatea legii, respectiv nu întrunesc condițiile de claritate, precizie, previzibilitate și accesibilitate, fiind contrare dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Constituție”.

Totodată, prin Decizia nr. 553 din 16 iulie 2015¹⁸, par. 23, Curtea Constituțională a stabilit că „standardul constituțional de protecție a libertății individuale impune ca limitarea acesteia să se realizeze într-un cadru normativ care, pe de o parte, să stabilească expres cazurile de limitare a acestei valori constituționale, iar, pe de altă parte, să prevadă într-un mod clar, precis și previzibil aceste cazuri”.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cu privire la aceeași problemă de drept, a admis că, „datorită caracterului de generalitate al legilor, redactarea acestora nu poate avea o precizie absolută. Ea a observat că una dintre tehnicile tip de reglementare constă în a recurge mai degrabă la categorii generale decât la liste exhaustive de fapte penale. Astfel, numeroase legi utilizează, prin forța lucrurilor, formule mai mult sau mai puțin precise, cu scopul evitării unei rigidități excesive și al adaptării la noile situații sociale ce se pot ivi”¹⁹.

De altfel, prin Decizia nr. 603 din 6 octombrie 2015, par. 23 și 24, Curtea Constituțională, reținând considerentele celor două decizii precitate a statuat: „În aceste condiții, lipsa de claritate, precizie și previzibilitate a sintagmei «raporturi comerciale» din cuprinsul textului criticat²⁰ face neclare și imprevizibile condițiile restrângerii libertății individuale, drept fundamental prevăzut la art. 23 din

¹⁸ Dec. CCR nr. 553 din 16 iulie 2015, publicată în M. Of. nr. 707 din 21 septembrie 2015.

¹⁹ C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 579.

²⁰ Textul a cărui neconstituționalitate a fost invocată a fost art. 301 alin. (1) C. pen. care incriminează conflictul de interese.

Constituție. De altfel, marja de apreciere a legiuitorului, atunci când se pune în discuție art. 23 din Constituție, este supusă unui control strict al Curții Constituționale, fiind așadar una limitată. Pentru aceste considerente, Curtea constată că sintagma «raporturi comerciale» din cuprinsul dispozițiilor art. 301 alin. (1)

C. pen. imprimă un caracter lipsit de claritate, precizie și previzibilitate obiectului juridic al infracțiunii de conflict de interese. Or, în aceste condiții, așa cum s-a arătat prin Decizia nr. 363 din 7 mai 2015, destinatarul normei nu își poate ordona conduita în raport cu o normă de incriminare care nu respectă condițiile de calitate ale legii”.

În acest context, Curtea a constatat că dispozițiile art. 301 alin. (1) C. pen. încalcă prevederile art. 1 alin. (5) și art. 23 din Constituție, referitoare la calitatea legii și, respectiv, la libertatea individuală.

3. Lipsa de claritate, precizie, previzibilitate și accesibilitate a dispozițiilor art. 13² din Legea nr. 78/2000

Textul anteamintit, prin maniera în care a fost redactat, aduce atingere dispozițiilor constituționale ale art. 1 alin. (5) – referitoare la claritatea legii, ale art. 20 – referitoare la preeminența tratatelor internaționale privind drepturile omului asupra legilor interne, raportate la prevederile art. 7 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale – referitor la legalitatea incriminării, precum și ale art. 23 – referitoare la libertatea individuală.

Caracterul neconstituțional al textului de incriminare prevăzut de art. 13² din Legea nr. 78/2000 este generat de două aspecte.

Astfel, în primul rând, sintagma „*un folos necuvenit*” lipsește de claritate, previzibilitate și accesibilitate norma de incriminare, în condițiile în care principiul respectării legilor și cel al legalității incriminării impun legiuitorului să legifereze prin texte suficient de clare și precise pentru a putea fi aplicate, inclusiv prin asigurarea posibilității persoanelor interesate de a se conforma prescripției legale.

Pentru a putea fi efectiv aplicat în înțelesul său, un text de lege trebuie să fie precis, previzibil și, totodată, să asigure securitatea juridică a destinatarilor săi prin prezervarea libertății individuale, valoare fundamentală garantată de Constituția României.

Or, având în vedere că noțiunea de „*folios*”²¹ („*necuvenit*”) nu este definită de Legea nr. 78/2000 (sau de un alt act normativ) și văzând definiția dată de Dicționarul explicativ al limbii române²², lipsa de claritate, previzibilitate și accesibilitate a normei de incriminare este evidentă, putându-se astfel ajunge la situații arbitrare în ceea ce privește întrunirea elementelor de tipicitate ale infracțiunii de abuz în serviciu în varianta normativă prevăzută de art. 13² din

²¹ Art. 289-292 C. pen. utilizează o noțiune similară, cea de „*foloase*”, în corelație cu cea de „*bani*”, utilizându-se sintagma „*bani ori alte foloase*” (art. 290 și art. 292)/„*bani sau alte foloase*” (art. 291), respectiv „*bani sau alte foloase care nu i se cuvin*” (art. 289).

²² FOLOS, *foloase* (s.n.): Câștig moral sau material; avantaj, profit, haznă, folosință. ◇ Loc. adj. și adv. *În* (sau *spre, pentru*) *foliosul cuiva* = în interesul, în avantajul, spre binele cuiva – <http://dexonline.ro/definitie/folos> în DEX 2009.

Legea nr. 78/2000 raportat la art. 297 C. pen., în funcție de existența sau nu a unui folos necuvenit.

Având în vedere aceste aspecte, apreciem că, din moment ce legea nu definește noțiunea de „*folos*” („*necuvenit*”), norma care incriminează infracțiunea de abuz în serviciu prevăzută de art. 13² din Legea nr. 78/2000 nu întrunește condițiile de claritate, previzibilitate și accesibilitate, încălcând astfel prevederile constituționale cuprinse în art. 1 alin. (5) care consacră principiul legalității.

În al doilea rând, sintagma „dacă funcționarul public a obținut pentru sine sau pentru altul un folos necuvenit” din cuprinsul dispozițiilor art. 13² din Legea nr. 78/2000 este, la rândul său, neconstituțională, întrucât aduce atingere dispozițiilor constituționale ale art. 1 alin. (5) referitor la principiul respectării legilor și ale art. 20 referitor la preeminența tratatelor internaționale privind drepturile omului asupra legilor interne, raportate la prevederile art. 7 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale referitor la legalitatea incriminării.

Astfel, potrivit art. 297 alin. (1) C. pen., „fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică”.

După cum se poate lesne observa, momentul consumării infracțiunii prevăzute de

art. 297 C. pen. nu coincide întotdeauna cu momentul consumării infracțiunii prevăzute de art. 13² din Legea nr. 78/2000 raportat la art. 297 C. pen., prima consumându-se în momentul cauzării pagubei sau a vătămării drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane, în timp ce cea de-a doua se consumă în momentul obținerii folosului necuvenit de către funcționar sau de către o altă persoană (care poate avea loc și la un interval îndelungat de la momentul încălcării îndatoririlor de serviciu și fără ca funcționarul public să urmărească sau să accepte producerea acestei urmări).

Cu toate acestea, textul de incriminare pe care îl apreciem neconstituțional majorează limitele speciale de pedeapsă în orice situație în care s-a obținut un folos de către funcționarul public sau de către o altă persoană, fiind lipsită de relevanță (sub aspectul majorării limitelor de pedeapsă) inclusiv situația în care funcționarul nu a urmărit obținerea (sau nu a acceptat posibilitatea obținerii) de către el sau de către o altă persoană a unui anumit folos în momentul încălcării îndatoririlor de serviciu însă, cu toate acestea, independent de intenția funcționarului și cu concursul unor factori externi conduitei sale, folosul necuvenit se obține după un interval de timp de la data încălcării îndatoririlor de serviciu.

Prin urmare, stabilirea de către legiuitor a unui asemenea criteriu aleatoriu și exterior intenției și conduitei funcționarului public este în contradicție flagrantă cu normele constituționale și convenționale invocate, redactarea neclară și imprevizibilă a textului de lege criticat putând conduce la aplicarea sa arbitrară de către organele judiciare.

Destinatarii normei penale de incriminare trebuie să aibă o reprezentare clară a elementelor de tipicitate ale infracțiunii, fie ele de natură obiectivă sau subiectivă, astfel încât să poată să prevadă consecințele ce decurg din nerespectarea normei și să își adapteze conduita potrivit acesteia.

Cu toate acestea, odată cu încălcarea îndatoririlor de serviciu, încetează orice activitate care periclitează valoarea socială ocrotită de dispozițiile art. 297 C. pen., astfel încât, raportându-ne doar la momentul obținerii unui folos, agravarea răspunderii penale nu se justifică și în cazul funcționarului care nu a urmărit sau nu a acceptat posibilitatea obținerii folosului (în pofida acestui lucru, textul art. 13² din Legea nr. 78/2000 este incident indiferent de vinovăția cu care a acționat funcționarul cu privire la obținerea unui folos).

Agravarea răspunderii penale în orice situație, în funcție de eventualitatea obținerii unui folos necuvenit (indiferent de intenția și conduita făptuitorului, precum și de orice alte cauze externe care au determinat obținerea acestui folos), împrejurare care nu este întotdeauna imediat următoare săvârșirii faptei (folosul putând fi obținut chiar după trecerea unui interval considerabil de la momentul comiterii infracțiunii – luni sau chiar ani), constituie un criteriu de agravare a răspunderii penale aleatoriu și imprevizibil, aflat în contradicție cu normele constituționale și convenționale mai sus indicate.

În acest context, este de observat și faptul că la momentul introducerii sale, art. 13² din Legea nr. 78/2000, avea, pe de o parte, un alt conținut normativ, iar, pe de altă parte, se raporta la textele de incriminare ale art. 246-248 C. pen. 1969. Astfel, în conținutul său, textul inițial al art. 13² din Legea nr. 78/2000 uzita sintagma „avantaj²³ patrimonial sau nepatrimonial” în locul celei de „folos necuvenit” utilizată în textul actual, prima fiind mai clară din punct de vedere terminologic, căreia i s-au și adăugat atributele „patrimonial” sau „nepatrimonial”, ceea ce circumscrie și mai mult latura obiectivă a infracțiunii.

În ceea ce privește latura subiectivă a infracțiunii de abuz în serviciu, Codul penal din 1969, prin utilizarea sintagmei „cu știință” în corpul reglementar al art. 246 și 248 și, respectiv, a termenului „îngrădirea” în cel al art. 247, impunea cerința comiterii infracțiunii cu intenție directă, noul text al art. 297 C. pen. nemaiimpunând această condiție, fapta putând fi comisă atât cu intenție directă, cât și cu intenție indirectă. Prin urmare, obținerea unui avantaj patrimonial sau nepatrimonial de către funcționarul public, pentru sine sau pentru altul, se cala în vechea legislație pe o fapta săvârșită cu intenție directă, ceea ce presupunea că avantajul respectiv era unul urmărit de către acesta, câtă vreme sub incidența textelor normative în vigoare, obținerea folosului necuvenit nu mai trebuie urmărită, ci doar acceptată la comiterea abuzului în serviciu, atâta vreme cât acesta poate fi comis și cu intenție indirectă.

În acest sens, prin Decizia nr. 1 din 10 ianuarie 2014²⁴, Curtea Constituțională a reținut că una dintre cerințele principiului respectării legilor vizează calitatea

²³ AVANTAJ, *avantaje* (s.n.): **1.** Folos, profit pe care îl obține cineva în plus (în raport cu altul). **2.** Favoare, privilegiu de care se bucură cineva sau ceva. **3.** Superioritate (a cuiva sau a ceva) bazată pe o situație, pe o împrejurare favorabilă – <http://dexonline.ro/definitie/avantaj> în DEX 2009.

²⁴ Dec. CCR nr. 1/2014, publicată în M. Of. nr. 123 din 19 februarie 2014.

actelor normative și că, de principiu, orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de clar și precis pentru a putea fi aplicat. Astfel, formularea cu o precizie suficientă a actului normativ permite persoanelor interesate – care pot apela, la nevoie, de sfatul unui specialist – să prevadă într-o măsură rezonabilă, în circumstanțele speței, consecințele care pot rezulta dintr-un act determinat, chiar din momentul efectuării acestuia.

Cu privire la principiul legalității incriminării și pedepsei, „*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat, în jurisprudența sa²⁵, că garanțiile consacrate de art. 7 par. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale reprezintă o componentă esențială a supremației legii și ocupă un loc primordial în cadrul sistemului de protecție a drepturilor omului. De asemenea, s-a mai reținut că aceste cerințe calitative trebuie întrunite atât în ceea ce privește definiția unei infracțiuni, cât și cu privire la pedeapsa aplicabilă. Curtea de la Strasbourg a mai arătat că este îndeplinită cerința ca legea să definească în mod clar infracțiunile și pedepsele numai atunci când un justițabil are posibilitatea de a cunoaște, din însuși textul normei juridice pertinente, la nevoie cu ajutorul interpretării date acesteia de către instanțe și, dacă este cazul, în urma obținerii unei asistențe juridice adecvate, care sunt actele și omisiunile ce pot angaja răspunderea sa penală și care este pedeapsa aplicabilă.

Or, în condițiile în care textul art. 13² din Legea nr. 78/2000 majorează limitele de pedeapsă chiar și în situația în care funcționarul public nu a urmărit și nu a acceptat ca fapta sa să genereze și producerea unui folos (și nu a cunoscut că acest folos urma să fie obținut, ulterior, de către sine sau de către o altă persoană), lipsa previzibilității privind agravarea răspunderii penale (pedeapsa aplicabilă), la momentul încălcării îndatoririlor de serviciu, este evidentă.

4. Concluzii

Lipsa de claritate, precizie, previzibilitate și accesibilitate a dispozițiilor art. 13² din Legea nr. 78/2000 plasează răspunderea penală în proximitatea unei răspunderi obiective, funcționarul public sau persoana prevăzută la art. 308 C. pen. neputându-și disciplina conduita în condițiile în care noțiunile utilizate de către legiuitor, pe lângă faptul că nu sunt definite de lege, mai sunt și echivoce, iar, mai mult decât atât, se ajunge la o agravare a răspunderii penale după un criteriu care, în varianta comiterii faptei cu intenție indirectă, poate fi totalmente străin de conduita subiectului activ, ținând de elemente exterioare faptei prevăzute de legea penală și, nu de puține ori, chiar de conduita altor subiecți de drept.

²⁵ Hot. din 24 mai 2007, pronunțată în cauza *Dragotoniu și Militaru-Pidhorni c. României*; Hot. din 24 ianuarie 2012, pronunțată în cauza *Mihai Toma c. României*; Hot. din 21 octombrie 2013, pronunțată în cauza *Del Rio Prada c. Spaniei*.

4.

Un tip specific de relație în gândirea juridică: imputabilitatea

Lect. univ. dr. Dana DIACONU*
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

Hans Kelsen's remarks on the legal norm sanction imputation on the unlawful conduct are very relevant, but they were not sufficiently capitalized. The practical manner to establish legal liability should include the clear affirmation of this relationship in its explicit algorithm. Awareness has important consequences in establishing the person responsible. Not least, the relationship of imputability analysis must precede, from a methodological point of view, the determination of the person responsible, in a general frame of legal liability.

Keywords: *Kelsen, imputability, liability, sanction, unlawful conduct, responsibility, methodology*

Rezumat

Observațiile lui Hans Kelsen asupra relației de imputare dintre sancțiunea normei juridice și conduita ilicită, foarte pertinente, nu au fost suficient valorificate. Schema practică a stabilirii răspunderii juridice trebuie să conțină afirmarea acestei legături, în algoritmul ei explicit. Conștientizarea imputabilității are consecințe importante asupra modului concret în care se stabilește persoana responsabilă. Nu în ultimul rând, stabilirea relației de imputabilitate trebuie să fie metodologic anterioară celei de responsabilizare a persoanelor, în cadrul unei scheme generale de stabilire a răspunderii juridice.

Cuvinte-cheie: *Kelsen, imputabilitate, răspundere juridică, sancțiune, conduită ilicită, responsabilitate, metodologie*

* diaconu.dana@gmail.com.

1. Relația de imputabilitate și ordinea normativă

Noțiunea de „fapt juridic”, așa cum este ea elaborată de teoria dreptului este un element care „întreține” și chiar privilegiază notele dinamice ale noțiunii de „faptă” și ideea că faptele juridice produc efecte în drept.

Totuși, încă la mijlocul secolului trecut, în teoria dreptului, un mare doctrinar a trasat o demarcație, o distincție esențială, care din păcate nu a fost fructificată la nivelul raționamentelor care stau la baza schemelor de stabilire a răspunderii juridice, cu toate că afirmarea ei s-a făcut în termeni clari, iar argumentele autorului sunt dintre cele mai serioase. Autorul distinge ferm între cauzalitate și imputabilitate, în baza unui criteriu legat de natura realității în care aceste relații pot fi, în mod autentic, analizate¹.

Kelsen face o primă observație: deși discutăm despre natură și societate, ca fiind două realități distincte, deși încercăm să legitimăm din punct de vedere epistemologic „științe ale naturii” și „științe sociale”, diferența între cele două demersuri nu poate fi justificată decât dacă cele două realități sunt analizate de noi după principii diferite.

Dacă „natura este o anumită ordine a lucrurilor sau un sistem de elemente legate unul de celălalt așa cum este cauza legată de efect sau, altfel spus, în conformitate cu principiul numit al „cauzalității”², atunci gândirea noastră despre natură tinde să identifice „legi ale naturii”, iar produsul acestei gândiri, științele naturii își descriu obiectul prin utilizarea acestui tip de relație.

Putem noi să instalăm acest tip de relație în judecățile noastre despre comportamentul uman? Hans Kelsen se exprimă nuanțat în această privință: dacă există o știință socială diferită de științele naturii, atunci aceasta ar trebui să își

¹ Atât în *Reine Rechtslehre* (publicată pentru prima dată în 1936), cât și în *General Theory of Law and State* (1945), și mai ales într-un celebru studiu despre cauzalitate și imputabilitate publicat în revista „Ethics” (vol. LXI, 1950), tradus în limba română, autorul insistă asupra acestei distincții fundamentale.

A se vedea: H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clarck, New Jersey, 2007, p. 92;

H. Kelsen, *Cauzalitate și imputabilitate*, tradus în limba română în „Noua Revistă de Drepturile Omului”

nr. 4/2006, pp. 165-176; H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Ed. Humanitas, București, 2000, pp. 104-111, 120-121. Facem mențiunea că această lucrare este o traducere în limba română după a doua ediție a lucrării, publicată în 1960; mai facem mențiunea că în această traducere nu folosește cuvântul „imputabilitate” pentru *Zurechnung*, ci termenul de „atribuire” care ni se pare neadecvat discursului juridic întrucât este prea „neutru”; termenul de „imputabilitate” păstrează nota de „consecință”, fără a o pierde pe cea de „voință” în stabilirea acesteia; termenul de „atribuire” este, de aceea, mai puțin caracteristic. Este adevărat că termenul de „imputabilitate” are un alt neajuns, în sensul că nuanțele sale moralizatoare par a sugera legătura dintre o faptă și persoana care urmează a suporta sancțiunea. În acest sens, autorul a fost explicit încă în prima sa lucrare, unde precizează că „...but the imputation which is in question here is not the relation between an individual and an action of his, but the relation between the legal sanction and the action, and thus indirectly the actind individual himself” – H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clarck, New Jersey, 2007, p. 92.

² H. Kelsen, *Cauzalitate și imputabilitate*, tradus în limba română în „Noua Revistă de Drepturile Omului” nr. 4/2006, p. 165 și urm.

descrie obiectele în baza unui principiu diferit față de principiul cauzalității. Societatea este o ordine a comportamentului uman. Însă nu există suficiente motive să nu considerăm comportamentul uman ca fiind un element al naturii, i.e. ca fiind determinat de legea cauzalității; și, atâta vreme cât comportamentul uman este conceput ca fiind determinat de legi cauzale, o știință care se ocupă de comportamentele comune ale oamenilor și care din această cauză este clasată ca fiind o știință socială, nu este în mod esențial diferită de fizică sau de biologie. Totuși, dacă analizăm propozițiile noastre privitoare la comportamentul uman, vom constata că asociem actele umane între ele sau un act uman cu un fapt, nu doar în baza principiului cauzalității [s.n. – D.D.], dar și a unui alt principiu, cu totul diferit de cel al cauzalității, un principiu căruia știința nu i-a găsit încă o denumire general recunoscută. Doar dacă este posibil să dovedim existența acestui principiu în gândirea noastră și aplicațiile lui în științele care se ocupă de comportamentul uman, vom fi îndreptățiți să considerăm societatea ca o ordine sau ca un sistem diferit de acela al naturii și științele care privesc societatea ca diferite de științele naturii”³.

Urmărind logica expusă mai sus în analiza științei dreptului, pe care o consideră cea mai veche și cea mai dezvoltată știință socială, autorul identifică în gândirea juridică un principiu diferit de cel al cauzalității care este într-adevăr aplicat în regulile prin care teoria dreptului (generală sau „de ramură”) descrie dreptul. Acest principiu este analog principiului cauzalității din științele naturii. El leagă două elemente⁴, pe care noi le numim „normative” sau „juridice”: dacă a fost comis un delict, va trebui executată o sancțiune.

Și legile naturii și regulile de drept leagă două elemente unul de celălalt. Dar principiile judecării care realizează această legătură sunt diferite. În primul caz, al legilor naturii, legătura este făcută în baza asocierii cauză-efect, în directă dependență cu capacitatea noastră intelectuală de a înțelege natura. În al doilea caz, al regulilor de drept, legătura este normativă, este întemeiată volitiv, în directă dependență de ceea ce numim „voința legiuitorului”. Conexiunea implicată de regula de drept are o semnificație total diferită față de cea a cauzalității: „... legătura dintre un delict și o sancțiune legală este stabilită printr-un act sau acte ale unor oameni, printr-un act de legiferare, care este un act al cărui sens este acela de normă”⁵. Această conexiune nu face obiectul unei afirmații descriptive (cum este cazul legii naturale), ci a unei prescripții, a unui ordin că legătura însăși trebuie făcută, și se va face într-un anumit fel.

³ *Ibidem*, p. 165.

⁴ „Exact ca o lege a naturii, și o propoziție juridică leagă două elemente. Însă legătura care își găsește expresie în propoziția juridică are un înțeles cu totul diferit de cea care descrie legea naturii: cauzalitatea. Este evident că legătura dintre crimă și pedeapsă, delict civil și executare silită, boală contagioasă și internare nu este una de tipul cauză-efect. În propoziția juridică nu se afirmă, ca în legea naturii, că, dacă este A, este și B, ci că, dacă este A, trebuie să fie și B, chiar dacă în realitate B nu este. Faptul că sensul legăturii dintre elementele propoziției juridice este diferit de cel al legăturii dintre elementele legii naturii își are originea în aceea că în propoziția juridică legătura este realizată de către o normă stabilită de autoritatea de drept, deci printr-un *act volitiv*, în timp ce legătura de tip cauză-efect, afirmată în legea naturii este independentă de orice asemenea intervenție”. – H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵ H. Kelsen, *Cauzalitate...*, *op. cit.*, p. 166.

Dacă, spre exemplu, luăm în considerare doar o normă care prescrie un anumit comportament uman, vom putea caracteriza comportamentul conform cu această normă ca fiind legal, iar comportamentul care nu este conform cu norma ca fiind nelegal. Altfel spus, dacă luăm în considerare doar o normă, singurele judecați valide pe care le putem formula cu privire la un comportament conduc la concluzia că respectivul comportament este sau nu în conformitate cu norma. Nu putem decide mai mult. Nu putem decide, valabil, că acel comportament determinat se încadrează sau nu în definiția comportamentului licit. Hans Kelsen, insistând să legitimizeze o știință juridică autentică, a subliniat mereu în scrierile sale că definiția, deci și definiția juridică, are sensul unui act de cunoaștere și că trebuie să distingem în știința dreptului actele de cunoaștere de actele de voință (normele). Dacă funcția autorităților juridice este „să facă” sau „să spună” dreptul, să prescrie și să valideze comportamente, funcția științei dreptului este cu totul alta, constă în a descrie și a înțelege dreptul.

2. Specificul relației de imputabilitate

De vreme ce legătura dintre delict și sancțiune este stabilită de acte al căror sens este o prescripție sau o permisiune (o normă), știința dreptului descrie obiectele sale prin propoziții în care delictul este legat de sancțiune prin elementul de legătură „trebuie”. Din punct de vedere terminologic, Kelsen sugerează ca fiind potrivit termenul de „imputabilitate”⁶ pentru acest tip de legătură.

Autorul dezvoltă această idee astfel: „afirmația că un individ este *zurechnungsfähig* («responsabil») înseamnă că o sancțiune poate fi aplicată unei persoane dacă aceasta comite un delict. Afirmarea că un individ este *nungsfähig* («iresponsabil») – de exemplu, deoarece este copil sau bolnav mintal – înseamnă că o sancțiune nu poate fi aplicată unei astfel de persoane chiar dacă a comis un delict. Formulând această idee în mod mai precis, putem spune că în primul caz o sancțiune este legată de un comportament delictual, în vreme ce în al doilea caz o sancțiune nu este legată de un astfel de comportament. Noțiunea de imputabilitate (*zurechnung*), ca fiind legătura specifică dintre delict și sancțiune, este subînțeleasă în decizia judiciară potrivit căreia un individ este sau nu responsabil din punct de vedere legal (*zwehnungsfähig*) pentru comportamentul său. Așadar, putem spune: sancțiunea este imputată delictului; nu este efectul delictului”⁷.

Concluzia autorului este că știința dreptului nu urmărește deloc o explicare cauzală a fenomenelor și că propozițiile prin care știința dreptului își descrie obiectul sunt aplicații ale principiului imputabilității, și nu ale principiului cauzalității.

Propoziția „dacă ai o conduită ilicită, vei fi sancționat” este o propoziție a științei dreptului sub două aspecte. În primul rând, pune în joc două definiții (definiția conduitei ilicite, definiția sancțiunii), ceea ce înseamnă că trebuie să depășim analiza normelor, esențialmente acte de voință și să analizăm știința dreptului, a cărei funcție este să cunoască și să înțeleagă dreptul, astfel încât doar aici găsim elaborate definițiile juridice, ca acte de cunoaștere. În al doilea rând, aceeași

⁶ H. Kelsen, *General Theory...*, op. cit., p. 92 – unde autorul traduce în limba engleză termenul de *Zurechnung* prin *imputability* și *imputation*.

⁷ H. Kelsen, *Cauzalitate și imputabilitate*, op. cit., p. 167.

propoziție ne solicită să determinăm cum trebuie să punem în legătură conduita ilicită și sancțiunea. Considerentele de mai sus vin în sprijinul ideii că cele două elemente nu sunt legate cauzal, condiția și consecința fiind legate una de alta conform principiului imputabilității.

Principiul imputabilității organizează normativ viața socială. Originea acestuia este identificată de Kelsen încă în gândirea primitivă, care organiza chiar și natura în baza acestui principiu⁸: un eveniment considerat a fi vătămător este interpretat de omul primitiv ca fiind o pedeapsă pentru un comportament greșit, iar dacă evenimentul este benefic, este interpretat ca fiind o recompensă pentru un comportament corect: evenimentele vătămătoare sunt imputate comportamentului greșit, iar evenimentele benefice sunt imputate comportamentului corect. Autorul sugerează că, dacă un astfel de eveniment se petrece, omul primitiv nu întrebă „care este cauza acestui eveniment?”, ci își pune problema „cine este responsabil pentru producerea lui?”. Aceasta este o interpretare normativă a naturii însăși, iar Kelsen afirmă că „de vreme ce norma retribuției care determină relațiile dintre oameni este un principiu social determinat, putem numi această interpretare ca o interpretare socionormativă a naturii”⁹. Pentru omul primitiv ceea ce înțelegem noi prin natură este „o parte a societății sale ca ordine normativă”¹⁰, iar elementele acesteia sunt conectate între ele conform principiului imputabilității. Dualismul natură - societate, respectiv ordine cauzală - ordine normativă, determinat de două moduri diferite de a face legătura dintre elemente, este străin omului primitiv.

Autorul arată că acest dualism s-a instalat în gândirea omului civilizată în momentul în care evoluția sa intelectuală i-a permis să stabilească o diferență între oameni și alte ființe, precum și între persoane și obiecte. În acest moment, „explicația cauzală a relațiilor dintre lucruri a fost separată de interpretarea normativă a relațiilor dintre persoane”¹¹. Științele numite în prezent „ale naturii” exprimă o emancipare față de interpretarea socială a naturii. În cele din urmă, descoperirea legităților naturii fac ca aceasta să fie „devoalată” de științele naturii, potrivit unui propriu al ei: ordinea între fenomene și lucruri neanimate stabilită de principiul cauzalității.

Observațiile și distincțiile lui Kelsen au o foarte mare utilitate. Pe de o parte, dacă luăm în considerare relația dintre o faptă (înțeleasă ca o acțiune, fără nicio conotație socială, intențională, finalistă etc.) și entitățile care sunt afectate de faptă (distrugerea unui bun, moartea unei persoane), distincțiile lui Kelsen ne ajută să observăm că această relație este de natură cauzală, iar analiza noastră este o analiză a ordinii naturale. Desigur că știința juridică este nevoită, în unele situații,

⁸ H. Kelsen, *General Theory ...*, op. cit., pp. 67, 338-339, 422.

⁹ H. Kelsen, *Cauzalitate ...*, op. cit., p. 168. În mintea omului primitiv, arată autorul, există o legătură între comportamentul greșit și pedeapsă – pe de o parte, și comportamentul corect și recompensă – pe de altă parte. Această legătură se stabilește deoarece omul primitiv are o viziune animistă asupra lumii, crede că nu doar oamenii, ci toate lucrurile au suflet, fiind animate, că aceste ființe non-umane sau supra-umane operează în natură, acționează sau reacționează față de acțiunea oamenilor. Această interpretare personalistă, numită de autor „socionormativă” a naturii, nu e conformă principiului cauzalității, ci este în acord cu principiul imputabilității.

¹⁰ *Ibidem*, p. 168.

¹¹ H. Kelsen, *Cauzalitate ...*, op. cit., p. 168.

să preia în raționamentele sale și relații de acest tip. Expertizele și opiniile tehnice sunt des integrate în stabilirea stărilor de fapt. Sunt multiple situațiile în care teoria sau practica dreptului trebuie să facă și o analiză a ordinii naturale, a relațiilor cauzale dintre „obiectele” acesteia, iar când puterea de înțelegere a juristului este depășită, este autorizată preluarea cu privire la acest aspect a concluziilor unor specialiști (în anumite științe ale naturii). Pe de altă parte însă, aceleași distincții ne indică o extindere nejustificată a legăturii cauzale între elemente care nu aparțin ordinii naturale și cu privire la care raționamentul juridic trebuie să se raporteze adecvat.

Spre exemplu, „relația de cauzalitate dintre fapta ilicită și rezultatul socialmente periculos” pe care pretinde că o analizează știința juridică în modelarea răspunderii juridice este, în opinia noastră, expresia unei erori de raționament a științei dreptului. Relația dintre o faptă ilicită și un prejudiciu nu este cauzală. În relație de cauzalitate se află acțiunea „brută” și dauna efectivă (care este distinctă de prejudiciu). Între fapta ilicită și prejudiciu nu există relație de la cauză la efect, iar între fapta ilicită și sancțiune (obligația determinată de reparație) opinăm că relația se stabilește în baza unui principiu de imputabilitate printr-un raționament complex în 5 pași:

(1) dacă vom califica juridic, în baza unui raționament al științei dreptului¹² asupra ordinii juridice, că dauna efectivă este un prejudiciu,

(2) dacă vom califica juridic, în baza unui raționament al științei dreptului asupra ordinii juridice, că fapta efectivă este o conduită ilicită,

(3) dacă, în plan natural, relația între faptă și daună este cauzală (condiție care nu există, în cazul unor tipuri de răspundere),

(4) atunci:

(4.1.) obligația de a repara prejudiciul (sancțiunea) se impută unei conduite ilicite (acțiune sau abstențiune), în baza unei norme juridice N1 (act de voință);

¹² Acest tip de raționament este extrem de complex pentru că – prin calificare juridică – un element al stării de fapt devine un element al ordinii de drept; procedeul depinde de o dinamică subtilă a raționamentului juridic (mai puțin conștientizată în știința dreptului și cu atât mai puțin în practică), care trebuie să integreze un element pe care îl analizează într-un anumit „mod de existență”, pentru motivul că este *relevant* într-un alt „mod de existență”, unde însă înseamnă altceva și se află *în alte relații* cu obiectele acestei „lumi”. Sociologul francez Bruno Latour, confirmă în ultima sa carte identificarea (în viziunea autorului „provizorie”) a cincisprezece moduri de existență, arătând că suntem capabili să le înțelegem, deși fiecare are alte elemente, altă structură a realității, alte relații între elemente și fiecare validează *alte tipuri de judecată*. Autorul arată, în plus, că știința (științele) au încercat să facă din fiecare realitate (drept, morală, politică, religie etc.) un „domeniu”, considerând că împărțirea realității pe sectoare aduce un plus de înțelegere. Autorul arată că *sectorizarea* este totuși criticabilă, nu corespunde realității și ne duce pe o pistă greșită, că realitatea nu trebuie decupată după contururi trasate de știință, ci remodelată unitar, integrator, după modelul unei rețele. A se vedea B. Latour, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des Modernes*, La Decouverte, Paris, 2012, p. 59 și urm. Reținem de la acest autor că util pentru știința dreptului este faptul că rațiunea noastră este aptă să lucreze cu mai multe planuri de realitate, este capabilă să atribuie *sensuri adecvate* „obiectelor” și relațiilor dintre obiectele acestei realități multisemantice, să valideze tipuri de judecăți adaptate acestor „moduri de existență”. De aceea, nu trebuie să ne mire ideea de a înțelege „fapta” și de a înțelege apoi „fapta ilicită” prin raportare la două moduri de existență și nici ideea că „fapta” nu dezvoltă cu obiectele științei naturii același relații pe care „fapta ilicită” le dezvoltă cu obiectele științei dreptului.

(4.2.) iar autorul conduitei ilicite este responsabil (pentru că este energia care a creat situația de imputabilitate, pentru că este elementul eficient care a generat împrejurările care atrag consecința legală, pentru că ar fi putut fi elementul eficient care ar fi putut face să nu fie creată situația de imputabilitate, pentru că are o obligație generală sau o competență legată de situația de imputabilitate etc.) – cu excepția situației în care o normă juridică N2 (act de voință) nu înlătură această responsabilitate.

Revenind la lucrările lui Kelsen, autorul opinează că emanciparea gândirii spre un principiu al cauzalității poate avea originea în norma retribuției (comportamentul greșit este legat de pedeapsă, iar comportamentul corect de recompensă). De aceea, s-ar putea afirma că principiul cauzalității, chiar în formele sale cele mai epurate de animism, cele mai conștiente de faptul că relațiile dintre lucruri, spre deosebire de relațiile dintre persoane, sunt independente de o voință umană sau supra-umană, și deci nu sunt prescrise sau permise de norme, conține relicve ale principiului imputabilității. Instaurarea principiului cauzalității ca unul total diferit de cel al imputabilității s-a realizat gradual. Autorul dă exemplul înțelegerii relației dintre cauză și efect ca o relație necesară, prevalentă încă la începutul secolului douăzeci. Această idee este, în opinia autorului, „în mod cert o relicvă a punctului de vedere că există o voință a unei autorități absolute, omnipotente, care conectează cauza cu efectul”¹³.

3. Imputabilitatea – o relație descrisă de știința dreptului

Kelsen atrage atenția că principiul cauzalității, odată desprins ca distinct de cel al imputabilității, este aplicabil și comportamentului uman. Psihologia, istoria și sociologia sunt științe care se ocupă cu studierea comportamentului uman „așa cum există el în realitate”¹⁴, adică cu studierea comportamentului uman ca un element al naturii ca ordine cauzală. Chiar dacă aceste științe tind să se delimiteze față de științele naturii ca „științe sociale”, ele nu sunt foarte diferite de acestea, pentru că ele explică comportamentul uman în termeni de cauză și efect. O astfel de diferență există însă între științele naturii și acele științe care interpretează relațiile umane nu în conformitate cu principiul cauzalității, ci în acord cu cel al

¹³ H. Kelsen, *Cauzalitate...., op. cit.*, p. 169.

¹⁴ H. Kelsen, *Cauzalitate...., op. cit.*, p. 169. Cuvântul „realitate” este destul de obscur, la o primă vedere. Însă, în toate scrierile lui Kelsen, termenul se referă la realitatea naturii. Kelsen distinge între ceea ce este realitatea (*Sein*) și ceea ce trebuie să fie, stabilit valoric (*Sollen*). Autorul consideră real doar „ceea ce este”. Un pasaj cu privire la judecata de valoare și cea de existență din *Doctrina pură a dreptului* ni se pare relevant: „Dacă valoarea este constituită printr-o normă valabilă din punct de vedere obiectiv, judecata conform căreia ceva real, un comportament real este «bun», adică în conformitate cu valoarea, sau «rău», «contrar valorii», exprimă faptul că acest comportament corespunde unei norme valabile din punct de vedere obiectiv, adică nu trebuie să fie (așa cum este), iar valoarea se află, ca obligativitate, în opoziție față de realitatea ca ceea ce este; valoarea și realitatea – ca și obligativitatea și ceea ce este – se află în două sfere diferite” – a se vedea H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului, op. cit.*, p. 34. Deci, în scrierile lui Kelsen, cuvântul „realitate” nu desemnează realitatea juridică, întrucât știința dreptului nu are ca obiect o realitate (în sensul dat de autor, de *Sein*).

imputabilității¹⁵ – științe care se ocupă de studierea comportamentului uman nu așa cum se manifestă „în realitate”¹⁶, deci în termeni de cauză și efect, ci așa cum ar trebui să se manifeste, determinat de norme, în sfera valorilor. Acestea sunt, în opinia lui Kelsen, „științele sociale normative, ca etica, teologia și teoria dreptului”¹⁷.

Atât descrierile care au la bază principiul cauzalității, cât și cele care se întemeiază pe un principiu de imputabilitate sunt propoziții ipotetice care leagă o condiție de o consecință. Dar Kelsen arată că înțelesul acestei legături este diferit. Principiul cauzalității afirmă: dacă este A, atunci este (sau va fi) B. Principiul imputabilității afirmă: dacă este A, atunci trebuie să fie B.

Dacă, spre exemplu, corpul contondent folosit de criminal a vătămat corpul victimei, o lege naturală va lega acțiunea corpului contondent de vătămarea produsă printr-o legătură de la cauză la efect. Și acest tip de relație este implicat în activitatea juridică, așa cum am văzut mai sus. Dar dacă, spre exemplu, a fost comis un omor, această conduită trebuie să fie pedepsită (lege juridică). La fel funcționează și celelalte legi sociale¹⁸.

Sintetizând diferența între cauzalitate și imputabilitate, Kelsen afirmă că legătura dintre cauză (care condiționează efectul) și efect (care este consecința cauzei) este independentă de un act uman sau suprauman, în timp ce legătura

¹⁵ H. Kelsen, *Cauzalitate ...*, op. cit., p. 169.

¹⁶ A se vedea nota anterioară despre utilizarea termenului „realitate” în scrierile lui Kelsen.

¹⁷ H. Kelsen, *Cauzalitate....*, op. cit., p. 169. Științele enumerate de autor, așa cum precizează acesta, „nu sunt științe «normative» în sensul în care ar prescrie sau permite comportamente umane specifice; în calitatea lor de științe, acestea nici nu prescriu și nici nu permit, ele nu emit norme de comportament social; ele descriu normele sociale și relațiile sociale stabilite prin asemenea norme. Omul de știință din zona științelor sociale nu este o autoritate socială: funcția sa este una de cunoaștere, sarcina sa este de a ști și a înțelege, și nu de a regulariza societatea; în sensul conferit de științele normative societatea este o ordine normativă; oamenii aparțin unei astfel de ordini doar în măsura în care comportamentul lor este determinat de norme ale ordinii religioase, morale sau juridice. Este adevărat că, dacă o ordine normativă, și mai cu seamă ordinea juridică, este în general efectivă, putem face următoarea afirmație: dacă condiția conținută de norma socială este îndeplinită, atunci consecința, care conform normei ar trebui să se producă, probabil se va produce; sau în cazul unei ordini legale efective putem spune: dacă un delict este comis, atunci probabil că o sancțiune va fi executată. Dar este îndoielnic ca această afirmație să aibă caracterul unei adevărate legi a naturii, așa cum este, de exemplu, cea care descrie efectul căldurii asupra unui corp metalic. În orice caz, această chestiune poate fi lăsată nerezolvată aici, deoarece este sigur că științele sociale normative, în special teoria dreptului, nu încearcă să ajungă la acest tip de afirmații. *Ele sunt interesate de înlănțuirea imputativă dintre elementele obiectelor lor, și nu de cea cauzală* [s.n. – D.D.].” – A se vedea H. Kelsen, *Cauzalitate ...*, op. cit., p. 170.

¹⁸ Autorul dă exemple ale principiului imputabilității aplicate în legile sociale: „dacă cineva ți-a făcut o favoare, trebuie să-i fii recunoscător; dacă cineva își sacrifică viața pentru poporul său, amintirea sa trebuie să rămână veșnică (legi morale). Dacă un om comite un păcat, trebuie să se căiască (lege religioasă). Dacă un om comite un furt, trebuie să fie închis (lege juridică)” – *ibidem*, p. 170. În opinia noastră, exemplele nu sunt formulate optim, pentru că exact relația (implicată) a responsabilității este cea care trebuie înlăturată pentru înțelegerea imputabilității. Pentru a prelua ultimul exemplu al autorului: dacă un om comite un furt, această faptă trebuie pedepsită (se impună pedeapsa conduitei, conform regulii juridice), iar autorul furtului este responsabil (decă va suporta efectiv sancțiunea concretă stabilită în baza regulii de drept) pentru că el a comis furtul. Ambele relații sunt acum explicitate. Exemplul autorului explicitază responsabilizarea autorului și lasă implicită relația de imputabilitate.

dintre condiție și consecință așa cum apare în legile morale, religioase sau juridice, este stabilită prin acte ale unor ființe umane sau supraumane, printr-un „trebuie” (care este sensul specific, autentic și ireductibil al legăturii dintre condiție și consecință).

4. Imputarea unei sancțiuni conduitei ilicite este esențială pentru corecta stabilire a răspunderii juridice

Kelsen afirmă că o altă diferență între cauzalitate și imputabilitate este aceea că legăturile cauzale creează un lanț infinit de relații în realitatea pe care o descriu, în timp ce fiecare linie a imputabilității se stabilește doar între două relații. Dacă spunem că o anumită consecință este imputată unei anumite condiții, de exemplu o recompensă unui anumit merit sau o sancțiune unui delict, condiția (în acest caz comportamentul uman care constituie meritul sau delictul) reprezintă punctul final al imputabilității. Nu există însă un punct final al cauzalității. O *prima causa*, o cauză primă, poate fi doar presupusă, ea nu poate fi identificată în lumea naturală. Teoriile filosofice și religioase gândesc un prim motor al lumii, dar nu îl situează în ordinea naturală care poate fi descrisă cauzal, în sensul legilor fizicii clasice¹⁹.

Acest sens al diferenței dintre imputabilitate și cauzalitate, și anume că există un punct final al imputabilității, dar nu și un punct final al cauzalității este substratul distincției (din nou prea puțin conștientizată în raționamentul juridic) dintre ceea ce numim „necesitate” și care prevalează în natură, și ceea ce numim „libertate”, esențială în societate.

Astfel, dacă descriem un comportament uman ca un element al naturii, relațiile cauzale îl leagă inevitabil de alte „obiecte” ale naturii. Față de unele, comportamentul este un efect, față de altele este o cauză. Ca parte a naturii, omul nu poate fi considerat a fi liber, pentru că este, dimpotrivă, determinat, este supus unor legături pe care le înțelegem ca „necesare”. Dacă, dimpotrivă, descriem o conduită prin prisma unei legi morale, religioase sau juridice, atunci putem lua în considerare libertatea omului și, doar în acest context, omul poate fi considerat răspunzător.

Folosind acest punct de vedere, rezultă că răspunderea juridică pentru o conduită nu are sens, dacă luăm în considerare conduita ca obiect al lumii naturale, ci numai dacă considerăm conduita din punctul de vedere al unui „trebuie” stabilit printr-o normă juridică. Imputăm consecințele determinate de legea juridică, respectiv sancțiunea pentru un furt, fără a imputa furtul la altceva: „Este decisiv faptul că imputabilitatea, în contrast cu cauzalitatea, se sfârșește în acel comportament uman care, în conformitate cu legile morale, religioase sau juridice, este condiția unei consecințe determinate de lege: condiția răsplătii, a penitenței, a pedepsei”²⁰. Acesta este, în opinia autorului, adevăratul înțeles al afirmației că omul este supus unei ordini morale, religioase sau juridice, și aceasta înseamnă că

¹⁹ De altfel, autorul arată că „Idea unei cauze prime este de asemenea o relicvă a aceluși stadiu din istoria gândirii în care principiul cauzalității nu era încă emancipat față de principiul imputabilității.”
— a se vedea

H. Kelsen, *Cauzalitate...*, op. cit., p. 171.

²⁰ *Ibidem*, p. 172.

omul, ca membru al societății, ca persoană morală, religioasă sau juridică, este liber²¹. Nu voința omului este liberă, în opinia autorului (căci aceasta este determinată), ci libertatea voinței este descrisă de știința dreptului în sensul că o conduită este punctul final al imputabilității, întrucât prin legătura de imputabilitate pe care o stabilește între obiectele ordinii normative, conduitele sunt descrise (în ciuda faptului că ele sunt determinate cauzal și deci aflate într-un lanț cauzal infinit), ca fiind legate doar de consecințele stabilite de normă.

Pentru a stabili legătura de imputabilitate, știința juridică nu ia în considerare „fapta brută”, ci doar conduita, care este descrisă și calificată normativ. O normă juridică poate prescrie sau interzice anumite comportamente, doar dacă acestea au, spre exemplu, un anumit efect (în mod evident apt a fi descris doar în ordinea naturală). Dacă, spre pildă, o normă interzice omuciderea, adică uciderea intenționată, ceea ce se interzice este comportamentul unui individ ce are ca efect moartea altuia. Diferența dintre o omucidere și o simplă tentativă de omor nu este o diferență de comportament al infractorilor, ci o diferență de efect al comportamentului. În primul caz, avem ca efect moartea unui om, în celălalt caz nu avem un asemenea efect. La fel, o normă poate prescrie ca, în cazul în care o conduită cauzează daune materiale, să fie imputată obligația autorului de a repara daunele. Dar moartea sau daunele nu sunt comportamente. Sunt însă efecte, în legătură cauzală cu comportamente care pot fi descrise drept cauze. Răspunderea juridică nu se angajează însă la acest nivel al analizei. Abia după stabilirea raportului cauzal, relația de imputabilitate poate fi stabilită între sancțiune și o faptă calificată drept conduită ilicită, legătura esențială pentru stabilirea răspunderii juridice. Întrucât sancțiunile prevăzute de normele legale sunt „direcționate împotriva indivizilor”²², sancțiunea va stabili normativ, implicit, și o persoană responsabilă pentru o conduită ilicită. Subliniem că acest moment, al stabilirii persoanei responsabile trebuie să fie ultimul în schema de raționament a stabilirii răspunderii juridice.

În opinia noastră, observațiile lui Kelsen trebuie să fie baza unei metode de gândire, specifică pentru stabilirea într-un caz determinat a obligației de a suporta sancțiunea normei (adică pentru stabilirea răspunderii juridice).

Prezumția de nevinovăție și drepturile procesuale ale acuzatului, recunoscute de toate sistemele de drept ale națiunilor civilizate nu au un impact real asupra

²¹ Aici autorul arată că simțul comun expune o abordare inversă: „Se spune adesea: deoarece o ființă umană este liberă (ori are o voință liberă) – și aceasta înseamnă că, potrivit unui punct de vedere comun, comportamentul său nu este determinat de legi cauzale – aceasta este capabilă de imputabilități morale, religioase ori juridice; doar pentru că omul este liber, poate fi răspunzător pentru anumite acte, poate fi recompensat pentru merite, se poate aștepta din partea lui să facă penitență pentru a-și ispăși păcatele, poate fi pedepsit pentru crime. În mod obișnuit se presupune că doar libertatea sa, prin aceasta înțelegându-se exceptarea sa de la efectele principiilor cauzalității, face imputabilitatea posibilă. De fapt, se întâmplă exact invers. Ființele umane sunt libere pentru că imputăm răsplata, penitența sau pedeapsa, ca și consecință, comportamentului uman, ca și condiție, în ciuda faptului că el este determinat conform legilor cauzale, [s.n. – D.D.] deoarece acest comportament uman reprezintă punctul final al imputabilității.” – *ibidem*, p. 172.

²² În viziunea lui Kelsen aceasta este *forma gramaticală* a principiului imputabilității – a se vedea H. Kelsen, *Cauzalitate...*, *op. cit.*, p. 175.

modalității concrete în care se stabilește răspunderea decât dacă, la nivelul aplicării dreptului, se generalizează o schemă a stabilirii răspunderii juridice de felul celei prezentate mai sus²³. Stabilirea legăturii dintre o sancțiune (imputată unei conduite ilicite) și o persoană trebuie să fie ultima în această schemă. Faptul că judecătorul nu este sesizat cu problema „Care este persoana care a realizat conduita ilicită X?”, ci cu reclamația „A afirmă că B a realizat conduita ilicită X”, pe care trebuie să o verifice sub toate aspectele, creează premisele unei verificări controlate, metodologice (judecătorul are deja un material: varianta reclamată de conduită, calificarea reclamată a ilicitului, atribuirea conduitei lui X); dar poate crea și confuzie, întrucât procesul este îndreptat de la început „împotriva lui X”, deci o minte neantrenată poate amesteca autorul faptei cu fapta, parcurgând o schemă de gândire care plasează pe primul loc legătura dintre conduita ilicită și persoana reclamată ca responsabilă; pentru un asemenea raționament prezumția de nevinovăție este inutilă.

Orice normă stabilește între două elemente o legătură ce poate fi descrisă prin următoarea afirmație: „în anumite circumstanțe au loc anumite consecințe”²⁴. Dar imputarea concretă se realizează într-un cadru în care raționamentul juridic nu poate avansa la întâmplare. Imputarea sancțiunii concrete, anterior responsabilizării unei persoane determinate este parte a unui raționament specific în gândirea juridică, poate cel mai complex și cu siguranță cu cea mai mare importanță socială.

Regula de drept (ca act de voință) este implicată, așadar, într-un raționament al științei dreptului care identifică relația de imputare ce face legătura dintre o conduită calificată juridic (sancțiunea) și o altă conduită calificată juridic (conduita ilicită). Pentru că răspunderea juridică este implicată de „fapta ilicită”, și nu de „fapta nelegală”, pentru că răspunderea juridică este imputarea sancțiunii unei conduite ilicite, iar această raportare indică, în fine, persoana responsabilă, înseamnă că, într-un mod subtil, actul de aplicare a dreptului nu se poate face fără cunoașterea aprofundată a dreptului și a tipului de relații care funcționează cu adevărat în realitatea juridică.

²³ V. *supra*, pct. 1.

²⁴ *Ibidem*, p. 176.

5.

O ipoteză de aplicare a principiului *ne bis idem* în materie penală

Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC*
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The double jeopardy doctrine, in the European sense of the term, prohibits that the offenses for which a decision not to prosecute was issued, by an information of the prosecutor which was not contested within the legal term, be investigated and tried twice, subsequent to the judicial review initiated by the complaint of a victim for a criminal act connected to the those prosecuted once?

Keywords: *ne bis in idem, a decision not to prosecute, European case-law, information of the prosecutor of final character, end of criminal proceedings*

Rezumat

Autoritatea de lucru judecat în sensul european al termenului se opune ca infracțiunile, ce au făcut obiectul unei soluții de neurmărire penală pronunțată printr-o ordonanță a procurorului ce nu a fost contestată în termenul legal, să fie cercetate și judecate din nou ca urmare a desființării respectivei ordonanțe în controlul judecătoresc declanșat la plângerea unei persoane vătămate printr-o faptă conexă celor arătate?

Cuvinte-cheie: *ne bis in idem, soluție de neurmărire penală, jurisprudența europeană, ordonanță a procurorului cu caracter definitiv, încetare a procesului penal*

O împrejurare din practica judiciară a constituit ocazia redactării prezentelor reflecții. Ca întotdeauna, viața reală poate genera situații inedite în care aplicarea unei norme sau a unui principiu este provocată să se adapteze la un nivel pe care speculația juridică nu l-a atins încă.

* flaviu.ciopec@drept.uvt.ro.

Într-o speță, printr-o ordonanță emisă de procuror s-a dispus scoaterea de sub urmărire penală¹ a persoanei cercetate pentru comiterea infracțiunilor de înșelăciune reclamate de 3 persoane vătămate. Împotriva ordonanței a fost exercitat, în temeiul art. 278¹ C. pr. pen. 1969, controlul judecătoresc, după cum urmează:

- plângerea unei persoane vătămate a fost respinsă, ca tardiv formulată, de către instanța de fond, soluție menținută și în recurs de către instanța de control judiciar;

- o altă persoană vătămată nu a depus plângere împotriva ordonanței;

- în fine, plângerea celei de-a treia persoane vătămate a fost admisă de instanța de fond, soluția fiind menținută și în recurs de instanța de control judiciar.

Urmare a soluției de admitere a plângerii, s-a dispus desființarea ordonanței și trimiterea cauzei procurorului, în vederea redeschiderii urmăririi penale cu privire la infracțiunile de înșelăciune. În cursul urmăririi penale, s-a dispus reluarea cercetărilor și apoi trimiterea în judecată cu privire la faptele reclamate de toate persoanele vătămate, motivându-se în rechizitoriu că, prin sentința penală de desființare a ordonanței de scoatere de sub urmărire penală, nu s-a făcut distincție între persoanele vătămate și nu s-a precizat dacă desființarea vizează ordonanța în tot sau în parte. Acest raționament a fost avut în vedere și de instanțele judecătorești, în fond și apel, care nu au cenzurat soluția de trimitere în judecată în vederea condamnării pentru toate cele 3 infracțiuni de înșelăciune, câte una pentru fiecare persoană vătămată.

Apreciem acest raționament ca fiind nelegal, împrejurare ce a determinat o urmărire penală nelegală, o nelegală sesizare a instanței și în final o condamnare nelegală a inculpatului cu privire la fapte pentru care nu mai putea avea loc un proces penal, datorită incidenței autorității de lucru judecat.

Cu privire la soluția de desființare a ordonanței în controlul inițiat de cea de-a treia persoană vătămată, considerăm că, deși nu se face precizarea sub ce aspect se desființează ordonanța, este evident că instanța de control nu putea depăși limitele sesizării, respectiv un control al actului de urmărire al procurorului prin prisma vătămarilor aduse persoanei vătămate petente. Nu se poate admite interpretarea că, prin exercitarea plângerii de către o persoană vătămată, se produc efecte și față de terți, chiar persoane vătămate în aceeași cauză, întrucât instituția plângerii întemeiate pe art. 340-341 C. pr. pen. (art. 278¹ C. pr. pen. 1969) nu este guvernată de principiul indivizibilității active, valabil exclusiv în materia plângerii penale prealabile.

Mai mult, în Codul penal anterior, sub regimul căruia s-a dispus trimiterea în judecată, existau dispoziții exprese care interziceau acest gen de raționament. Astfel, potrivit art. 278¹ alin. (11) C. pr. pen. 1969, cu trimitere la soluția de respingere a plângerii ca tardivă, se prevede că persoana în privința căreia judecătorul, prin hotărâre definitivă, a decis că nu este cazul să se redeschidă urmărirea penală, *nu mai poate fi urmărită pentru aceeași faptă*, afară de cazul când s-au descoperit fapte

¹ Soluție de neurmărire penală prevăzută de Codul de procedură penală din 1969, echivalentă cu soluția de clasare din actualul Cod (art. 315).

sau împrejurări noi, ce nu au fost descoperite de organul de urmărire penală². Această soluție este cu atât mai evidentă în ipoteza în care nu s-a exercitat plângere împotriva soluției de neurmărire penală, unde, după cum se cunoaște, operează termenul de decădere. Prin neexercitarea controlului asupra soluției procurorului se intră într-o situație juridică ce poate fi denumită ca „autoritate de lucru cercetat”.

În speță, nu s-au descoperit fapte sau împrejurări noi, iar organul de urmărire penală nici nu a emis, dacă aprecia că se impune, o ordonanță de redeschidere a urmăririi penale *ex propriomotu*, preferând interpretarea de mai sus, pe care o dezavuem din punct de vedere procesual.

Apreciem că, exclusiv în controlul unei singure persoane vătămate, nu se poate exercita o modificare a cadrului procesual, de natură să agraveze situația inculpatului.

Pentru persoanele vătămate ce nu au exercitat sau li s-a respins plângerea, existau hotărâri definitive ce consolidau rezolvarea cauzei dată prin ordonanța de scoatere de sub urmărire penală, astfel încât situația juridică a acestora trebuia apreciată ca fiind definitiv tranșată. Această împrejurare trebuia să funcționeze ca impediment pentru extensia cadrului procesual și inadmisibilitatea accesului acestor două persoane la calitatea de părți în cauză. Aceste persoane vătămate au beneficiat de efectul extensiv al desființării ordonanței într-un control judiciar ce nu a fost provocat de ele, permițând reținerea pe latură penală a unei pluralități de infracțiuni (concurs între trei infracțiuni de înșelăciune) în mod nelegal.

În speță sunt incidente mai multe texte legale ce prevăd intervenția autorității de lucru judecat.

Conform art. 6 C. pr. pen., nicio persoană nu poate fi urmărită sau judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni atunci când față de acea persoană s-a pronunțat anterior o *hotărâre penală definitivă* cu privire la aceeași faptă, chiar și sub altă încadrare juridică.

Art. 14 pct. 7 din Pactul internațional privind drepturile civile și politice³ prevede că „Nimeni nu poate fi urmărit sau pedepsit din pricina unei infracțiuni pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o *hotărâre definitivă* în conformitate cu legea și cu procedura penală a fiecărei țări”.

Art. 4 din Protocolul 7 la Convenția europeană a drepturilor omului⁴ dispune „(1) Nimeni nu poate fi urmărit sau pedepsit penal de către jurisdicțiile aceluiași stat pentru săvârșirea infracțiunii pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o *hotărâre definitivă* conform legii și procedurii penale ale acestui stat. (2) Dispozițiile paragrafului precedent nu împiedică redeschiderea procesului, conform legii și procedurii penale a statului respectiv, dacă fapte noi sau recent descoperite sau un viciu fundamental în cadrul procedurii precedente sunt de natură să afecteze hotărârea pronunțată. (3) Nicio derogare de la prezentul articol nu este îngăduită în temeiul art. 15 din Convenție”.

² C. Ghigheci, *Principiile procesului penal în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 106.

³ Ratificat de România prin art. 1 din Decretul nr. 212/1974, publicat în B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

⁴ Ratificat de România prin art. 2 din Legea nr. 30/1994, publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

Art. 50 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene⁵ are următoarea expresie: „Nimeni nu poate fi judecat sau condamnat pentru o infracțiune pentru care a fost deja achitat sau condamnat în cadrul Uniunii, prin *hotărâre judecătorească definitivă*, în conformitate cu legea”.

În fine, art. 54 din Convenția de aplicare a Acordului de la Schengen⁶ conține următoarea normă „O persoană împotriva căreia a fost pronunțată o *hotărâre definitivă* într-un proces pe teritoriul unei părți contractante nu poate face obiectul urmării penale de către o altă parte contractantă pentru aceleași fapte, dacă o pedeapsă a fost fixată, are putere de lucru judecat, este în curs de executare sau nu mai poate fi executată conform legilor părții contractante care a pronunțat sentința”.

Problema controversată provine de la sensul ce trebuie acordat noțiunii de hotărâre penală definitivă ca sursă pentru autoritatea de lucru judecat.

În mod tradițional s-a afirmat⁷ că lucrul judecat nu poate emana decât de la instanțele ce au drept de jurisdicție și niciodată să derive din actele Ministerului Public, întrucât efectuarea unor acte de urmărire penală nu poate fi echivalată unei activități de judecată, iar actul procurorului nu poate fi asimilat unei hotărâri judecătorești.

Mai recent, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a dezvoltat o jurisprudență surprinzătoare și total neortodoxă⁸ în comparație cu doctrina și practica judiciară anterioară, pornind de la interpretarea extinsă dată noțiunilor prevăzute în art. 54 din Convenția de aplicare a Acordului de la Schengen. În mai multe spețe⁹ CJUE a statuat cu privire la aceste aspecte.

Astfel, prin *Hotărârea din 11 februarie 2003*¹⁰, în cauzele reunite *Hüseyin Gözütok (C-187/01)* și *Klaus Brügge (C-385/01)* s-a dispus că: „Principiul *ne bis in idem* consacrat de art. 54 din Convenția de aplicare a Acordului Schengen [...] se aplică în aceeași măsură și în cazul procedurilor de încetare a acțiunii penale [...] prin care Ministerul Public dintr-un stat membru pune capăt, fără intervenția instanței, procedurii penale angajată în statul respectiv, după ce persoana în cauză a îndeplinit anumite obligații și în special a plătit o anumită sumă de bani fixată de Ministerul Public”.

Prin *Hotărârea din 10 martie 2005*¹¹, în cauza *Filomeno Mario Miraglia (C-469/03)* s-a statuat că: „Principiul *ne bis in idem* consacrat de art. 54 din Convenția de aplicare a Acordului Schengen [...] nu este aplicabil unei decizii a autorităților judiciare a unui stat contractant cu privire la o soluție de clasare, după

⁵ Obligatorie pentru România în temeiul art. 6 alin. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană.

⁶ Obligatorie pentru România în temeiul art. 4 și Anexa II la Tratatul de aderare la Uniunea Europeană ratificat prin Legea nr. 157/2005, publicată în M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005.

⁷ V. Dongoroz, *Curs de procedură penală*, ed. a II-a, București, 1942, p. 343; A.Ș. Tulbure, *Autoritatea lucrului judecat în procesul penal*, în Revista de drept penal nr. 4/1999, p. 30.

⁸ M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 49.

⁹ Pentru o prezentare a spețelor a se vedea A.-R. Sas, *Aplicații practice ale principiului ne bis in idem în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene*, în Caiete de drept penal nr. 2/2014, pp. 36-49.

¹⁰ Disponibilă în limba engleză la adresa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62001CJ0187&qid=1446663327232&from=RO>.

¹¹ Disponibilă în limba engleză la adresa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62003CJ0469&qid=1446663446424&from=RO>.

ce Ministerul Public a decis încetarea urmăririi penale întemeiate pe singurul motiv că a început o anchetă penală într-un alt stat membru împotriva aceleiași persoane și pentru aceeași faptă, fără nicio referință cu privire la fondul cauzei”.

Prin Hotărârea din 22 decembrie 2008¹², în cauza Vladimir Turansky (C-491/07) s-a reținut că: „Principiul *ne bis in idem* consacrat de art. 54 din Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen [...] nu este aplicabil unei decizii prin care, după examinarea pe fond a cauzei cu care este sesizat, un organ al unui stat contractant dispune încetarea urmăririi penale, într-un stadiu prealabil punerii în mișcare a acțiunii penale împotriva unei persoane bănuite că ar fi comis o infracțiune, în cazul în care această decizie de încetare, potrivit dreptului național al acestui stat, nu stinge definitiv acțiunea penală și nu constituie astfel un impediment în calea unei noi urmăririi penale, pentru aceleași fapte, în acest stat”.

Prin Hotărârea din 5 iunie 2014¹³, în cauza M (C-398/12), Curtea a decis că: „Art. 54 din Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen [...], trebuie interpretat în sensul că o ordonanță de netrimiteri în judecată care împiedică, în statul contractant în care a fost dată această ordonanță, o nouă urmărire penală pentru aceleași fapte împotriva persoanei care a beneficiat de ordonanța respectivă, cu excepția cazului în care intervin noi probe împotriva acestei persoane, trebuie considerată ca fiind o hotărâre definitivă, în sensul acestui articol, care împiedică desfășurarea unei noi urmăririi penale împotriva aceleiași persoane pentru aceleași fapte într-un alt stat contractant”.

În consecință, trebuie acceptat că noțiunea de hotărâre definitivă nu este limitată la actul ce provine de la o instanță judecătorească, fiind susceptibilă să se aplice și la procedurile de încetare a acțiunii publice ce nu comportă intervenția unei instanțe judecătorești.

Pentru incidența principiului *ne bis in idem* este necesar să existe o decizie judiciară care să pună capăt urmăririi penale (în cazul nostru ordonanța penală a procurorului de scoatere de sub urmărire penală) și să stingă definitiv acțiunea penală. O decizie ce nu stinge definitiv acțiunea penală la nivel național nu poate constitui un impediment procedural în calea începerii sau continuării urmăririi penale, pentru aceleași fapte și împotriva aceleiași persoane, ulterior.

În speță, prin neexercitarea controlului prin plângere de către cea de-a doua persoană vătămată, soluția a devenit definitivă, urmare a efectului decăderii din dreptul de a mai promova o asemenea plângere. În sistemul procesual român decăderea nu poate fi acoperită (art. 268 C. pr. pen.). În mod similar, pentru prima persoană vătămată, exercitarea dreptului de a formula plângere era condiționată de respectarea termenului prevăzut de lege, care în speță a fost depășit. Respingerea plângerii ca tardivă conduce la același efect ca mai sus.

În aceste condiții, ordonanța procurorului în privința celor două persoane vătămate, chiar dacă nu s-a obiectivat sub forma unei hotărâri judecătorești, trebuie considerată ca obligatorie și aptă să confere protecția acordată în temeiul

¹² Disponibilă în limba română la adresa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CA0491&qid=1446663543168&from=RO>.

¹³ Disponibilă în limba română la adresa <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CA0398&qid=1446663647073&from=RO>.

principiului *ne bis in idem*. Consecința este că faptele reclamate de cele două persoane vătămate nu pot face obiectul judecății și nici interveni o condamnare pentru acestea, întrucât se înfrânge principiul autorității de lucru judecat în sensul european¹⁴ al termenului. Pentru aceste fapte se impune soluția încetării procesului penal în temeiul art. 396 alin. (6) raportat la art. 16 lit. i) C. pr. pen.

¹⁴ D. Nițu, *Noi valențe ale principiului non bis in idem*, în V. Pașca, F. Ciopec, M. Roibu (coord.), *Dreptul penal român și dreptul penal maghiar – probleme actuale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 251.

6.

Discuții referitoare la propunerile de modificare a legislației în materia achizițiilor publice

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

Abstract

By the present study, the author gives us a radiography of the perspectives offered in the field of public acquisition, with proposals to amend the legislation, namely: Draft Public Procurement Law and Draft Law on Remedies and Appeals Concerning the Award of Public Acquisition Contracts and of Concession Contracts and for the Organizing and Functioning of the National Council for Solving of the Complaints.

There are presented and analyzed the proposed changes comparing to the current legislation, namely the Government Emergency Ordinance no. 34/2006 on the Award of Public Acquisition Contracts, Public Works Concession Contracts and Public Service Concession Contracts, among with the Government Decision no. 925/2006 approving the rules for implementing the provisions concerning the award of public acquisition contracts provided by the Government Emergency Ordinance no. 34/2006 on the Award of Public Acquisition Contracts, Public Works Concession Contracts and Public Service Concession Contracts.

Keywords: *project, public acquisition, complaint, award procedure, legal claim*

Rezumat

În prezentul studiu, autorul realizează o radiografie a perspectivelor oferite în domeniul achizițiilor publice, prin propunerile de modificare a legislației, respectiv: Proiectul Legii privind achizițiile publice și Proiectul Legii privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

* sergiu.stanila@e-uvv.ro

Sunt prezentate și analizate propunerile de modificare, comparativ cu actuala legislație, respectiv O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii1, împreună cu H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii2.

Cuvinte-cheie: proiect, achiziții publice, contestație, procedură de atribuire, plângere

I. 1. Schimbările legislative nu aveau cum să ocolească domeniul achizițiilor publice, nevoia de adaptare a normelor juridice fiind parcă mai stringentă decât în alte ramuri de drept. Aceasta pentru că O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, împreună cu H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, s-au dovedit a fi de multe ori insuficiente pentru a reglementa realitățile sociale cu care se confruntă, în România, procesul de atribuire a unui contract de achiziție publică de produse, de servicii sau de lucrări.

Tehnicitatea dispozițiilor legale nu este, paradoxal, în măsură să înlăture toate deficiențele acestui proces, numărul mare de litigii și diversitatea acestora cerând cu necesitate o nouă reglementare.

Un pas serios în această direcție a schimbării, a perfecționării sistemului legislativ în materia achizițiilor publice, a fost făcut, pe pagina de internet a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice fiind publicate mai multe inițiative legislative³, dintre care ne vom opri atenția asupra Proiectului Legii privind achizițiile publice⁴ și, respectiv, asupra Proiectului Legii privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru

¹ Publicată în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006.

² Publicată în M. Of. nr. 625 din 20 iulie 2006.

³ Pe site-ul www.anrmap.ro, la secțiunea Transparență decizională – Proiecte legislative în dezbatere, se găsesc: Proiectul *Ordinului pentru aprobarea Regulamentului privind controlul ex-post al modului de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii*; Proiectul *Legii privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii*, publicat în forma inițială la data de 30 septembrie 2015; Proiectul *Legii privind achizițiile sectoriale*, publicat în forma inițială la data de 24 septembrie 2015; Proiectul *Hotărârii pentru modificarea și completarea H.G. nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din O.U.G. nr. 34/2006*, publicat la data de 19 august 2015.

⁴ Publicat prima oară la data de 22 iulie 2015 pe site-ul www.anrmap.ro, la secțiunea Transparență decizională – Proiecte legislative în dezbatere. Publicat ulterior, la data de 23 septembrie 2015, în forma rezultată în urma consultării publice.

organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor⁵. Vom proceda la o analiză comparativă a principalelor instituții juridice, între actuala reglementare și proiectele legislative aflate în dezbatere.

2. Prima deosebire între actuala reglementare și cele două proiecte, pe care o remarcăm este una de ordin formal. Astfel, dacă în prezent procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, încheierea și executarea contractului de achiziție publică, contenciosul de achiziții publice, respectiv căile de atac în procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, competența instanțelor judecătorești în materie, sunt reglementate unitar, prin același act normativ, O.U.G. nr. 34/2006, viitoarea reglementare care ne este propusă, împarte aceste dispoziții în două categorii, reglementate separat, de două acte normative distincte. Astfel, Legea achizițiilor publice va reglementa exclusiv procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, în timp ce Legea privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, va reglementa exclusiv contenciosul de achiziții publice, și anume procedura în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, procedura judiciară, precum și soluționarea litigiilor în fața instanței de judecată. Noua viziune a legiuitorului împarte dreptul achizițiilor publice în două categorii, firește de altfel, drept material și, respectiv, drept procesual; totuși, procedura de atribuire a contractului de achiziție publică este la rândul ei un ansamblu de reguli, de proceduri, care nu ar putea fi încadrată foarte ușor în sintagma *drept material*, fiind în același timp *materia, obiectul* procedurilor administrativ-jurisdicționale și al celor judiciare.

În continuare, vom analiza cele două Proiecte de lege care constituie obiectul preocupării noastre.

II. 3. Proiectul Legii achizițiilor publice nu mai reglementează contractele de concesiune de lucrări publice și nici contractele de servicii publice. În acest sens, art. 1 din proiectul Legii achizițiilor publice tratează exclusiv contractul de achiziție publică, în timp ce contractele de concesiune de lucrări publice și contractele de concesiune de servicii sunt propuse a fi reglementate distinct, printr-un act normativ separat.

4. În materia scopului și principiilor urmărite de legiuitor, acest Proiect de lege nu se evidențiază față de actuala reglementare. O.U.G. nr. 34/2006 enumeră tratamentul egal, nediscriminarea operatorilor economici, transparența procesului de achiziție publică și, respectiv, eficiența utilizării fondurilor publice, atât la scopul reglementării, cât și la principiile atribuirii contractului de achiziție publică, exprimarea legiuitorului generând confuzii, întrucât scopul urmărit de legiuitor într-o

⁵ Publicat prima oară la data de 22 iulie 2015 pe site-ul www.anrmap.ro, la secțiunea Transparență decizională – Proiecte legislative în dezbatere. Publicat ulterior, la data de 23 septembrie 2015, în forma rezultată în urma consultării publice.

procedură de achiziție publică poate fi atins prin respectarea principiilor, fără ca cele două noțiuni să se poată confunda. Proiectul de lege continuă însă această confuzie, tratamentul egal și nediscriminarea operatorilor economici, transparența procesului de achiziție publică, reprezentând atât scop, cât și principiu urmărit de legiuitor⁶. A fost eliminată din categoria scopurilor urmărite de legiuitor eficiența utilizării fondurilor, acest scop fiind reglementat doar cu titlu de principiu al procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică. De asemenea, este prevăzut un scop nou, respectiv obținerea celui mai bun raport calitate-preț. Această normă trebuie interpretată în corelare cu criteriile de atribuire a contractului de achiziție publică, asupra cărora ne vom opri mai târziu.

5. În secțiunea rezervată definițiilor termenilor utilizați în Proiectul de lege, identificăm de asemenea, câteva deosebiri.

Este definită clar noțiunea de achiziție, sinonimă cu noțiunea de achiziție publică, ca fiind „*achiziția de lucrări, de produse sau de servicii prin intermediul unui contract de achiziție publică de către una sau mai multe autorități contractante de la operatori economici desemnați de către acestea, indiferent dacă lucrările, produsele sau serviciile sunt destinate sau nu unui scop public*”. Observăm o extindere a reglementării asupra tuturor achizițiilor realizate de autoritățile contractante, indiferent dacă acestea sunt sau nu destinate unui scop public. Cu alte cuvinte, indiferent dacă lucrarea, produsul ori serviciul achiziționat, este destinat sau nu satisfacerii interesului public, autoritatea contractantă este obligată să respecte aceleași reglementări. Intră în categoria lucrărilor, produselor ori serviciilor fără scop public, cele destinate funcționării autorității contractante, dar nu în sensul desfășurării activității de satisfacere a interesului public. Rigurozitatea procedurii de achiziție publică trebuie respectată indiferent de scopul achiziției. În O.U.G. nr. 34/2006 nu regăsim o asemenea definiție.

În aceeași ordine de idei, observăm că definind contractul de achiziție publică ca fiind *contractul cu titlu oneros, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii*, Proiectul nu mai preia din actuala legislație sintagma *asimilat potrivit legii actului administrativ*, care a avut drept scop calificarea contractului de achiziții publice ca fiind contract administrativ⁷. Adoptarea Proiectului de lege în această formă ne va demonstra în

⁶ Potrivit art. 2: „(1) Scopul prezentei legi îl constituie: a) promovarea concurenței între operatorii economici; b) garantarea tratamentului egal și nediscriminarea între operatorii economici; c) obținerea celui mai bun raport calitate-preț; d) asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică;

e) asigurarea cadrului legal pentru atribuirea contractelor de achiziție publică și organizarea concursurilor de soluții de către autoritățile contractante. (2) Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal; c) recunoașterea reciprocă; d) transparența; e) proporționalitatea; f) asumarea răspunderii; g) eficiența utilizării fondurilor”.

⁷ Prin Legea nr. 278 din 24 decembrie 2010 privind aprobarea O.U.G. nr. 76/2010 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 898 din 31 decembrie 2010, legiuitorul stabilea, în art. 3 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, natura juridică a contractului de achiziție publică, ca fiind una comercială. Reglementarea, în dezacord total cu O.U.G. nr. 34/2006 în ansamblul ei, a fost ulterior abandonată, *de lege lata*, contractul de achiziții

ce măsură în practică sau în doctrină se vor crea din nou curente de opinie care să susțină o altă natură juridică decât cea administrativă a contractului de achiziție publică. Noi considerăm contractul de achiziții publice ca fiind un contract esențialmente administrativ, raportat la părțile contractante, la procedura de atribuire, la natura juridică administrativă a majorității actelor juridice care îl preced (cu excepția ofertelor depuse de operatorii economici, toate celelalte acte juridice sunt acte sau operațiuni administrative), precum și la stabilirea competenței materiale și funcționale a instanței judecătorești – tribunalul, secția de contencios administrativ și fiscal – care soluționează litigiile izvorâte dintr-un asemenea contract. Propunerea de extindere a definiției achiziției și la acele achiziții de produse, de servicii sau de lucrări care nu au un scop public, respectiv nu sunt destinate direct activității de satisfacere a interesului public, nu schimbă cu nimic natura juridică a contractului de achiziție, neregăsind în viitoarea reglementare vreo excepție care să ne facă să tragem vreo concluzie contrară.

Sunt definite noțiunile de *furnizor* și, respectiv, de *subcontractant*. Termenii sunt utilizați de legiuitor și în actuala reglementare, fără însă a le oferi o definiție legală.

Astfel, potrivit art. 3 alin. (1) pct. 14 din Proiectul Legii achizițiilor publice, prin *furnizor* se înțelege „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, sau care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”. Furnizorul este o entitate distinctă atât de subcontractant, cât și de contractantul autorității publice. Furnizorul poate avea un raport juridic distinct cu contractantul desemnat, raport juridic căruia nu i se aplică, aparent, dispozițiile legale din domeniul achizițiilor publice. Cu toate acestea, autoritatea contractantă poate solicita contractantului cel mai târziu la momentul începerii executării contractului, să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai furnizorilor săi implicați în executarea contractului de achiziție publică, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv⁸. De asemenea, contractantul are dreptul de a implica noi furnizori, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, el având obligația să transmită autorității contractante informațiile de contact și să obțină acordul autorității contractante privind eventualii noi furnizori implicați ulterior în executarea contractului.

În fine, atunci când înlocuirea sau introducerea unor noi furnizori are loc după atribuirea contractului, aceștia transmit certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzătoare părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Actuala reglementare pune semnul egal între operatorul economic, care ulterior poate deveni contractantul autorității publice și, respectiv, furnizor⁹.

publice având natura unui contract administrativ [a se vedea art. 3 lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, modificată prin O.U.G. nr. 77/2012, publicată în M. Of. nr. 827 din 10 decembrie 2012].

⁸ A se vedea art. 218 și 219 din Proiectul de lege.

⁹ A se vedea art. 3 lit. r) din O.U.G. nr. 34/2006.

Controlul pe care autoritatea publică contractantă îl poate exercita asupra furnizorului contractantului desemnat, are drept scop asigurarea calității produselor, serviciilor ori lucrărilor prestate. Reglementarea nu este de natură în mod evident să protejeze absolut autoritatea publică în fața unui comportament necorespunzător al contractantului, în ceea ce privește calitatea obligațiilor asumate și prestate. Totuși, prin reglementarea dreptului autorității contractante de a aviza, de a valida noi furnizori față de cei cunoscuți, în funcție evident de scopul și principiile urmărite într-o procedură de achiziții publice, propunerea legislativă analizată a făcut un pas înainte.

Potrivit art. 3 alin. (1) pct. 13 din Proiectul Legii achizițiilor publice, prin *subcontractant* se înțelege orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției și/sau prestează anumite servicii ce reprezintă activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Verificarea pe care autoritatea contractantă o poate realiza în legătură cu furnizorii contractanților desemnați, se poate extinde și asupra subcontractanților, precum și asupra subcontractanților subcontractanților contractantului sau subcontractanților aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare. Scopul urmărit este același, descris anterior atunci când am tratat regimul juridic al furnizorului.

6. În materia termenelor reglementate în domeniul achizițiilor publice, Proiectul de lege se remarcă printr-o reglementare mai clară, nu neapărat mai completă, față de O.U.G. nr. 34/2006.

Potrivit art. 3 alin. (2) din Proiectul Legii privind achizițiile publice, termenele se calculează conform următoarelor reguli:

a) la calculul unui termen exprimat în zile, luni sau ani de la un anumit eveniment sau act ori acțiune, data respectivului eveniment, act ori acțiune nu se ia în considerare;

b) cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor lit. a) și d), termenul exprimat în zile începe să curgă la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului;

c) cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor lit. a) și d), termenul exprimat în luni sau ani începe să curgă la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a zilei care reprezintă ziua din ultima lună sau an corespunzătoare zilei în care a început să curgă termenul; dacă, în cazul termenului exprimat în luni sau ani, în luna în care se încheie termenul nu există o zi corespunzătoare zilei în care a început să curgă termenul, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a lunii respective;

d) dacă ultima zi a unui termen exprimat în zile, luni sau ani este o zi de sărbătoare legală, duminică sau sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare;

e) la calculul unui termen exprimat în zile lucrătoare se aplică în mod corespunzător dispozițiile lit. a), b) și d), cu deosebirea că zilele nelucrătoare din cadrul termenului nu se iau în considerare.

Potrivit art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, prin „zile” se înțelege „zilele calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt zile lucrătoare. Termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”.

7. În ceea ce privește autoritatea contractantă, respectiv organismele care pot avea această calitate, Proiectul de lege păstrează aceeași reglementare, excluzând doar asocierile formate din autorități contractante, asocieri care nu mai au calitatea de autorități contractante, precum și organismele care desfășurau activitate și încheiau contracte sectoriale, aceste activități constituind obiect de reglementare printr-un proiect de lege distinct¹⁰.

8. În materia pragurilor valorice, Proiectul de lege vine cu o reglementare mai strictă. Identificăm din conținutul art. 7 din Proiect, următoarele repere valorice, care determină și procedurile pe care autoritatea contractantă este obligată să le aplice:

a) art. 7 alin. (5) – dacă valoarea estimată a achiziției este mai mică de 66.259,5 lei, fără TVA, pentru produse sau servicii și, respectiv, mai mică de 265.038 lei, fără TVA, pentru lucrări, autoritatea contractantă poate achiziționa direct produse, servicii ori lucrări; pragurile actuale sunt reglementate de art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006, ele fiind de 30.000 euro exclusiv TVA, în echivalent în lei, pentru produse sau servicii și, respectiv, 100.000 euro exclusiv TVA, în echivalent în lei, pentru lucrări; în cazul achiziției directe, opinăm că nu este necesară absolut nicio formalitate, nicio procedură, achiziția realizându-se doar în baza documentelor justificative¹¹;

b) art. 7 alin. (1)-(4) – dacă valoarea estimată a achiziției este egală sau mai mare decât 66.259,5 lei, fără TVA, pentru produse sau servicii și, respectiv, decât 265.038 lei, fără TVA, pentru lucrări, dar mai mică decât 591.918,2 lei, fără TVA,

¹⁰ Proiectul *Legii privind achizițiile sectoriale*, publicat pe site-ul www.anrmap.ro, în forma inițială la data de 24 septembrie 2015.

¹¹ În acest sens sunt prevederile art. 19 teza finală din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cu care *achiziția se realizează pe bază de document justificativ*. De asemenea, potrivit art. 1 din Ordinul nr. 313 din 29 iunie 2011 cu privire la interpretarea anumitor dispoziții privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, emis de Președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, publicat în M. Of. nr. 464 din 1 iulie 2011, *atunci când valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică sau egală cu echivalentul în lei al cuantumului în euro prevăzut la art. 19 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, în ceea ce privește regulile privind achizițiile publice nu vor fi solicitate autorității contractante alte documente decât cele prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor publice (documente justificative: factura și/sau contractul)*.

pentru produse sau servicii și, respectiv, 22.908.118 lei, fără TVA, pentru lucrări, autoritatea contractantă achiziționează produse, servicii și lucrări printr-o procedură simplificată, cu respectarea principiilor achiziției publice, procedură care urmează a fi reglementată ulterior prin norme metodologice. În cadrul acestei proceduri simplificate vor fi reglementate, cu titlu de exemplu, termene mai scurte și formalități procedurale reduse față de cele prevăzute pentru procedurile de atribuire reglementate în Proiectul de lege; potrivit actualei reglementări, art. 124 din O.U.G. nr. 34/2006, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este mai mare de 30.000 de euro, fără TVA, dar mai mică decât 130.000 euro, fără TVA, pentru produse sau servicii, iar pentru achiziția de lucrări, mai mare de 100.000 euro, fără TVA, dar mai mică de 5.000.000 euro, fără TVA, autoritatea contractantă poate aplica procedura de cerere de oferte;

c) art. 7 alin. (1) – dacă valoarea estimată a achiziției este egală sau mai mare decât 591.918,2 lei, fără TVA, pentru produse sau servicii, decât 22.908.118 lei, fără TVA, pentru lucrări și, respectiv, decât 3.312.975 lei, pentru achiziția de servicii sociale și alte servicii specifice, de sănătate, de învățământ, culturale, religioase, comunitare, autoritatea contractantă achiziționează produse, servicii și lucrări prin utilizarea procedurilor de atribuire prevăzute în art. 68 din proiect, respectiv: licitația deschisă, licitația restrânsă, parteneriatul pentru inovare¹², negocierea competitivă, dialogul competitiv, negocierea fără publicare prealabilă, concursul de soluții și procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice; potrivit actualei reglementări, art. 124 din O.U.G. nr. 34/2006, în cazul în care valoarea estimată a contractului de achiziție publică este egală sau mai mare de 130.000 de euro, fără TVA, pentru produse sau servicii, iar pentru achiziția de lucrări, egală sau mai mare de 5.000.000 euro, fără TVA, autoritatea contractantă aplică procedurile de atribuire reglementate în Capitolul III din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv licitația deschisă, licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, negocierea fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, concursul de soluții.

Proiectul Legii achizițiilor publice se remarcă, așadar, prin reglementarea unor praguri valorice mai mici, ceea ce echivalează cu restricționarea libertății autorității contractante în utilizarea achiziției directe sau a procedurilor simplificate. Această măsură va trebui să fie o garanție suplimentară a corectitudinii procesului de achiziție publică.

Totodată, Proiectul stabilește pragurile valorice în moneda națională, fără a mai face nicio referire la moneda comună europeană. În aceste condiții, revizuirea și actualizarea pragurilor valorice nu se va mai realiza în funcție de cursul valutar comunicat de Banca Națională a României, ci vor fi modificate de către Comisia Europeană, conform regulilor și procedurilor corespunzătoare prevăzute la art. 6 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie

¹² *Infra*, subpct. II.12.

2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE¹³. Totodată, Agenția Națională pentru Achiziții Publice are obligația de a publica pe pagina sa de internet pragurile valorice stabilite ori modificate de către Comisia Europeană¹⁴.

9. În ceea ce privește modul de determinare a valorii estimate a contractului de achiziție publică, nu identificăm deosebiri de reglementare.

Astfel, potrivit art. 25 din O.U.G. nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a estima valoarea contractului de achiziție publică pe baza calculării și

¹³ Art. 6, intitulat „Revizuirea pragurilor și a listei autorităților guvernamentale centrale”, are următorul conținut: (1) Din doi în doi ani, începând de la data de 30 iunie 2013, Comisia verifică dacă pragurile prevăzute la art. 4 lit. (a), (b) și (c) corespund pragurilor fixate în Acordul privind achizițiile publice (AAP) al Organizației Mondiale a Comerțului și, dacă este necesar, le revizuieste în conformitate cu prezentul articol. În conformitate cu metoda de calcul prevăzută în AAP, Comisia calculează valoarea acestor praguri pe baza valorii zilnice medii a monedei euro exprimată în drepturi speciale de tragere (DST) în decursul unei perioade de 24 de luni care se încheie la data de 31 a lunii august anterioare revizuirii care intră în vigoare de la 1 ianuarie. Valoarea pragurilor astfel revizuite se rotunjește, dacă este necesar, până la valoarea cea mai apropiată în mii de euro, inferioară cifrei rezultate din acest calcul, pentru a se asigura respectarea pragurilor în vigoare prevăzute de AAP, exprimate în DST. (2) Cu ocazia revizuirii prevăzute la alin. (1) din prezentul articol, Comisia revizuieste, de asemenea: a) pragul prevăzut la art. 13 primul paragraf lit. (a), aliniindu-l la pragul revizuit aplicabil contractelor de achiziții publice de lucrări; b) pragul prevăzut la art. 13 primul paragraf lit. (b), aliniindu-l la pragul revizuit aplicabil contractelor de achiziții publice de servicii atribuite de autorități contractante regionale sau locale. (3) Din doi în doi ani, începând de la data de 1 ianuarie 2014, Comisia stabilește valorile, în monedele naționale ale statelor membre a căror monedă nu este euro, ale pragurilor menționate la art. 4 lit. (a), (b) și (c), revizuite în conformitate cu alin. (1) de la prezentul articol. În același timp, Comisia stabilește valoarea, în monedele naționale ale statelor membre a căror monedă nu este euro, a pragului menționat la art. 4 lit. (d). În conformitate cu metoda de calcul prevăzută în AAP, stabilirea acestor valori se bazează pe valorile zilnice medii ale monedelor respective corespunzătoare pragului aplicabil exprimat în euro din decursul unei perioade de 24 de luni care se încheie în ziua de 31 a lunii august anterioare revizuirii care intră în vigoare de la 1 ianuarie. (4) Comisia publică pragurile revizuite menționate la alin. (1), contravaloarea acestora în monedele naționale menționate la alin. (3) primul paragraf și valoarea stabilită în conformitate cu alin. (3) al doilea paragraf în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la începutul lunii noiembrie de după revizuire. (5) Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu art. 87 pentru a adapta metodologia prevăzută la alin. (1) al doilea paragraf de la prezentul articol la eventualele modificări ale metodologiei prevăzute în AAP pentru revizuirea pragurilor menționate la art. 4 lit. (a), (b) și (c) și pentru stabilirea contravalorii în monedele naționale ale statelor membre a căror monedă nu este euro, așa cum se prevede la alin. (3) din prezentul articol. Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu art. 87 pentru a revizui pragurile menționate la art. 4 lit. (a), (b) și (c) în conformitate cu alin. (1) din prezentul articol și pentru a revizui pragurile menționate la art. 13 primul paragraf lit. (a) și (b) în conformitate cu alin. (2) din prezentul articol. (6) În cazul în care este necesară revizuirea pragurilor menționate la art. 4 lit. (a), (b) și (c) și a pragurilor menționate la art. 13 primul paragraf lit. (a) și (b) și când există constrângeri temporale care împiedică utilizarea procedurii prevăzute la art. 87 și există așadar motive imperative de urgență, se aplică procedura prevăzută la art. 88 actelor delegate adoptate în conformitate cu alin. (5) al doilea paragraf din prezentul articol. (7) Comisia este împuternicită să adopte acte delegate în conformitate cu art. 87 pentru a modifica anexa I în scopul actualizării listei de autorități contractante în urma notificărilor din partea statelor membre, atunci când o astfel de modificare se dovedește a fi necesară pentru a identifica în mod corect autoritățile contractante”.

¹⁴ A se vedea art. 8 din Proiectul de lege.

însurării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, fără taxa pe valoarea adăugată, luând în considerare orice forme de opțiuni și, în măsura în care acestea pot fi anticipate la momentul estimării, orice eventuale suplimentări sau majorări ale valorii contractului”. În general, orice cheltuială suplimentară care ar putea apărea pe parcursul executării contractului de achiziție publică, trebuie estimată și avută în vedere în etapa preliminară a determinării valorii estimate a contractului de achiziție publică. Intră în această categorie primele acordate contractantului, costurile unor eventuale lucrări de punere în funcțiune a lucrărilor/produselor, toate costurile unui leasing sau ale unei închirieri, dobânzi, comisioane, precum și orice alte cheltuieli neprevăzute.

Potrivit art. 26 din O.U.G. nr. 34/2006, „valoarea estimată a contractului de achiziție publică trebuie să fie determinată înainte de inițierea procedurii de atribuire a contractului respectiv. Această valoare trebuie să fie valabilă la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de participare sau, în cazul în care procedura de atribuire nu presupune publicarea unui astfel de anunț, la momentul transmiterii invitației de participare”.

Potrivit art. 9 din Proiectul Legii privind achizițiile publice, „autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere toate sumele care urmează să fie primite de contractant de la autoritatea contractantă și/sau de la terți în temeiul contractului respectiv, fără TVA, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și orice eventuale prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției”.

La fel, intră în categoria sumelor de bani pe care autoritatea contractantă trebuie să le prevadă și să le includă în valoarea estimată a contractului de achiziție publică, eventualele prime acordate contractanților, dobânzi, comisioane, costuri de leasing.

Potrivit art. 12 din Proiectul Legii privind achizițiile publice, „valoarea estimată a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire prin una dintre următoarele modalități: a) transmiterea spre publicare a anunțului de participare; b) în cazul achiziției de servicii sociale ori alte servicii specifice, prevăzute în Anexa 2, transmiterea spre publicare a anunțului de participare ori a anunțului de intenție care este valabil în mod continuu; c) transmiterea invitației de participare la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare”.

10. Cu titlu de noutate absolută, Proiectul Legii privind achizițiile publice exclude de la contractele de servicii care au ca obiect¹⁵:

a) cumpărarea sau închirierea, prin orice mijloace financiare, de terenuri, clădiri existente, alte bunuri imobile ori a drepturilor asupra acestora;

b) cumpărarea, dezvoltarea, producția sau coproducția de materiale pentru programe destinate serviciilor media audiovizuale, atribuite de furnizori de servicii

¹⁵ A se vedea art. 29 din Proiectul de lege.

media, sau contractelor pentru spațiu de emisie sau furnizarea de programe care sunt atribuite furnizorilor de servicii media;

c) servicii de arbitraj, mediere și alte forme de soluționare alternativă a disputelor;

d) servicii juridice precum asistența și reprezentarea unui client de către un avocat în sensul Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, cu modificările și completările ulterioare, în cadrul unei proceduri de arbitraj sau de mediere ori al altei forme de soluționare alternativă a disputelor desfășurate în fața unei instanțe sau alt organism național de arbitraj sau de mediere ori de soluționare alternativă a disputelor în altă formă din România ori din alt stat sau în fața unei instanțe internaționale de arbitraj sau de mediere ori de soluționare alternativă a disputelor în altă formă ori în cadrul unor proceduri judiciare în fața instanțelor de judecată sau a autorităților publice naționale din România ori din alt stat sau în fața instanțelor de judecată ori a instituțiilor internaționale, asistență și consultanță juridică acordată de un avocat în vederea pregătirii cumpărării sau închirierii, prin orice mijloace financiare, de terenuri, clădiri existente, alte bunuri imobile ori a drepturilor asupra acestora sau în cazul în care există indicii concrete și o probabilitate ridicată ca speța în legătură cu care este acordată asistența și consultanța juridică să facă obiectul unor astfel de proceduri, servicii de certificare și autentificare a documentelor care sunt prestate de notari publici potrivit dispozițiilor legale, servicii juridice furnizate de fiduciar sau administratori-sechestrari ori alte servicii juridice furnizate de entități desemnate de o instanță judecătorească națională sau care sunt desemnați potrivit dispozițiilor legale să îndeplinească sarcini specifice sub supravegherea și controlul instanțelor judecătorești, servicii prestate de executorii judecătorești;

e) servicii financiare în legătură cu emisiunea, vânzarea, cumpărarea sau transferul valorilor mobiliare ori al altor instrumente financiare, în sensul art. 4 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 575/2013, servicii ale băncilor centrale și operațiuni efectuate cu Fondul European de Stabilitate Financiară și cu Mecanismul European de Stabilitate;

f) împrumuturi, indiferent dacă sunt sau nu în legătură cu emisiunea, vânzarea, cumpărarea sau transferul valorilor mobiliare sau al altor instrumente financiare;

g) contracte de muncă;

h) servicii de apărare civilă, protecție civilă și prevenirea pericolelor, prestate de persoane fără scop patrimonial, care fac obiectul codurilor CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 și 85143000-3, cu excepția serviciilor de ambulanță pentru transportul pacienților;

i) servicii de transport public de călători feroviar sau cu metroul.

Așa cum rezultă din Proiectul Legii privind achizițiile publice, aceste servicii vor putea fi așadar achiziționate de autoritatea publică contractantă direct, indiferent de valoarea estimată a acestora. Rațiunea ar putea consta în particularitatea unor asemenea servicii, cum sunt cele juridice de exemplu, unde valoarea serviciilor o stabilește furnizorul, prestatorul, și nu beneficiarul serviciului, nu autoritatea publică

contractantă. În ipoteza în care propunerea va fi adoptată în această formă, normele metodologice de aplicare a legii vor lămurii intenția legiuitorului.

11. În ceea ce privește participarea operatorului economic la procedura de atribuire, în Proiectul Legii privind achizițiile publice, identificăm o deosebire față de actuala reglementare.

Astfel, potrivit art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006, mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune candidatură sau ofertă comună, fără a fi obligați să își legalizeze din punct de vedere formal asocierea. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca asocierea să fie legalizată numai în cazul în care oferta comună este declarată câștigătoare și numai dacă o astfel de măsură reprezintă o condiție necesară pentru buna îndeplinire a contractului. Nu este prevăzută obligația operatorilor economici de a înregistra Asocierea, aceasta nu generează o nouă entitate terță, față de cei doi sau mai mulți operatori economici care au participat la procedura de atribuire.

În schimb, în cuprinsul art. 53 din Proiectul Legii achizițiilor publice, se menționează că operatorii economici pot participa în comun la procedura de atribuire, fără ca autoritatea publică contractantă să le impună crearea unei forme juridice pentru depunerea ofertei. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici participanți în comun la procedura de atribuire a căror ofertă a fost desemnată câștigătoare să adopte sau să constituie o anumită formă juridică, în măsura în care o astfel de modificare este necesară pentru executarea în mod corespunzător a contractului de achiziție publică.

Legalizarea asocierii constituie doar o formalitate care asigură autoritatea contractantă în legătură cu conformitatea și realitatea acordului de asociere. În schimb, *forma juridică* poate însemna inclusiv o entitate terță, distinctă, identificată prin elemente proprii, de ordin fiscal sau juridic. În lipsa unor norme metodologice, discuțiile pot fi purtate doar la nivel teoretic. Chiar dacă procedura de atribuire ar putea fi îngreunată prin constituirea unei entități terțe față de operatorii economici care participă în comun la procedură, poate consecințele pe termen mediu și lung ar fi benefice. Astfel, partenerul contractual al autorității publice, *forma juridică* pe care urmează a o îmbrăca operatorii economici câștigători ai procedurii de atribuire, va putea oferi mai multe garanții în ceea ce privește executarea corespunzătoare, cantitativă și calitativă a obligațiilor asumate prin contractul de achiziție publică.

12. În ceea ce privește procedurile de atribuire, Proiectul de lege enumeră suplimentar față de actuala reglementare parteneriatul pentru inovare, precum și procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice, fără să mai prevadă cererea de oferte. De asemenea, procedura de negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare este denumită în proiectul de lege negociere competitivă¹⁶.

¹⁶ A se vedea, în acest sens, art. 68 din Proiectul Legii privind achizițiile publice, potrivit căruia „Procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor de

Parteneriatul pentru inovare, noua procedură de atribuire, este reglementată de

art. 95-103 din Proiectul Legii achizițiilor publice și se caracterizează prin aceea că orice operator economic are dreptul de a depune o solicitare de participare în urma publicării unui anunț de participare, urmând ca numai candidații care îndeplinesc criteriile de calificare și selecție stabilite de autoritatea contractantă să aibă dreptul de a depune oferte inițiale în etapa ulterioară, pe baza cărora autoritatea contractantă va desfășura negocieri în vederea îmbunătățirii acestora. Parteneriatul pentru inovare se desfășoară în trei etape:

a) etapa depunerii solicitărilor de participare și a selectării candidaților, prin aplicarea criteriilor de calificare și selecție;

b) etapa depunerii ofertelor inițiale de către candidații selectați în cadrul primei etape și a evaluării conformității acestora cu cerințele prevăzute de autoritate;

c) etapa negocierilor în vederea îmbunătățirii ofertelor inițiale, a depunerii ofertelor finale și a evaluării acestora, prin aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare.

Autoritatea contractantă aplică parteneriatul pentru inovare atunci când identifică necesitatea dezvoltării și achiziției ulterioare a unui produs, serviciu sau a unor lucrări inovatoare, necesitate care nu poate fi satisfăcută de soluțiile disponibile pe piață la un anumit moment. Parteneriatul pentru inovare are ca scop dezvoltarea unui produs, a unui serviciu inovator sau a unor lucrări inovatoare și achiziția ulterioară a produselor, serviciilor sau lucrărilor rezultate, cu condiția ca acestea să corespundă nivelurilor de performanță și costurilor maxime convenite între autoritatea contractantă și participanți.

Procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice, reglementată de art. 111 și 112 din Proiectul Legii achizițiilor publice presupune îndeplinirea unor obligații de către autoritatea contractantă, în cazul în care intenționează să achiziționeze asemenea servicii, precum obligația de a-și face cunoscută intenția de a achiziționa respectivele servicii fie prin publicarea unui anunț de participare, fie prin intermediul unui anunț de intenție valabil în mod continuu și, respectiv, obligația de a publica un anunț de atribuire a contractului. De asemenea, acest Proiect prevede că autoritatea contractantă are dreptul de a stabili ca participarea la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice având ca obiect exclusiv serviciile de sănătate, sociale și culturale să fie rezervată doar anumitor operatori economici, respectiv celor care îndeplinesc condițiile cumulative ale înființării în vederea îndeplinirii unor obiective în domeniul serviciilor publice, reinvestirii profitului obținut, în vederea îndeplinirii scopului pentru care s-au înființat, deținerii unor structuri de conducere bazate pe principiul participării angajaților la structura de proprietate sau necesită participarea activă a angajaților,

achiziție publică/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată mai mare decât pragurile prevăzute la Art. 7 alin. (1), sunt următoarele: a) licitația deschisă; b) licitația restrânsă;

c) parteneriatul pentru inovare; d) negocierea competitivă; e) dialogul competitiv; f) negocierea fără publicare prealabilă; g) concursul de soluții; h) procedura de atribuire aplicabilă în cazul serviciilor sociale și al altor servicii specifice”.

a utilizatorilor sau a altor entități interesate și, respectiv, neatribuirii de asemenea contracte în ultimii trei ani.

13. În ceea ce privește criteriile de calificare și selecție, Proiectul Legii achizițiilor publice propune o reglementare mai rigidă, obligând autoritatea contractantă să excludă din procedura de atribuire orice operator economic care a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru unul dintre următoarele motive¹⁷:

a) participare la activități ale unei organizații criminale, în sensul Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, sau al legislației echivalente din statul în care respectivul operator economic este înființat;

b) corupție, în sensul Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, sau al legislației echivalente din statul în care respectivul operator economic este înființat;

c) fraudă, în sensul Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, sau al legislației echivalente din statul în care respectivul operator economic este înființat;

d) infracțiuni de terorism sau infracțiuni în legătură cu terorismul, precum și instigare, complicitate sau tentativă de a săvârși o astfel de infracțiune, în sensul Legii nr. 535/2004 privind prevenirea și combaterea terorismului, cu modificările și completările ulterioare, sau al legislației echivalente din statul în care respectivul operator economic este înființat;

e) spălare de bani sau finanțare a terorismului, în sensul Legii nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării terorismului, cu modificările și completările ulterioare, sau al legislației echivalente din statul în care respectivul operator economic este înființat;

f) exploatare prin muncă a copiilor și alte forme de trafic de persoane, în sensul Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, sau al legislației echivalente din statul în care respectivul operator economic este înființat.

De asemenea, potrivit art. 164 și 166 din Proiectul Legii achizițiilor publice, autoritatea contractantă are obligația excluderii din procedură a oricărui operator economic:

a) care și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat; autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire operatorul economic în cauză, dacă poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat;

¹⁷ A se vedea art. 163 din Proiectul Legii achizițiilor publice.

b) care și-a încălcat obligațiile stabilite în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, care trebuie respectate pe parcursul executării contractului de achiziție publică, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi decizii ale autorităților competente prin care se constată încălcarea acestor obligații;

c) împotriva căruia s-a deschis procedura insolvenței, situație constatată printr-o hotărâre judecătorească definitivă sau un document cu efecte echivalente emis de un organism administrativ competent;

d) care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

e) despre care autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză;

f) care se află într-o situație de conflict de interese în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, iar această situație nu poate fi remediată în mod efectiv prin alte măsuri mai puțin severe;

g) care prin participarea anterioară la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe;

h) care și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

i) care a denaturat semnificativ informațiile solicitate de autoritatea contractantă a fi transmise în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție;

j) care a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic.

Potrivit art. 180 din O.U.G. nr. 34/2006, „autoritatea contractantă are obligația de a exclude din procedura aplicată pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat despre care are cunoștință că, în ultimii 5 ani, a fost condamnat prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru participare

la activități ale unei organizații criminale, pentru corupție, pentru fraudă și/sau pentru spălare de bani”.

În cazurile enumerate de art. 181 din O.U.G. nr. 34/3006, autoritatea contractantă are dreptul de a exclude din procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant sau candidat care:

- a) a intrat în faliment ca urmare a hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic;
- b) nu și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat, în conformitate cu prevederile legale în vigoare în România sau în țara în care este stabilit;
- c) în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia;
- d) a fost condamnat, în ultimii trei ani, prin hotărârea definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru o faptă care a adus atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională;
- e) prezintă informații false sau nu prezintă informațiile solicitate de către autoritatea contractantă, în scopul demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.

14. Cu referire la criteriile de atribuire a contractului de achiziție publică, Proiectul propune atribuirea contractului ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic. În vederea stabilirii celei mai avantajoase oferte din punct de vedere economic, Proiectul Legii achizițiilor publice enumeră alternativ¹⁸:

- prețul cel mai scăzut;
- costul cel mai scăzut;
- cel mai bun raport calitate-preț.

Actuala reglementare stabilește două criterii alternative de atribuire a contractului de achiziție publică, respectiv¹⁹:

- oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, care, potrivit art. 199 din O.U.G. nr. 34/2006, se determină în funcție de punctajul obținut de fiecare ofertă, prin calcularea și însumarea unor factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative, cum sunt: prețul, caracteristicile de calitate, caracteristicile tehnice, caracteristicile funcționale, caracteristicile de mediu, costurile de funcționare, raportul cost/eficiență, asigurarea serviciilor post-vânzare

¹⁸ A se vedea art. 186 alin. (3) din Proiectul Legii achizițiilor publice.

¹⁹ A se vedea art. 198 din O.U.G. nr. 34/2006, care are următorul conținut: „(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor legislative sau administrative privind remunerarea anumitor servicii, criteriul de atribuire a contractului de achiziție publică poate fi numai: a) fie oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic; b) fie, în mod exclusiv, prețul cel mai scăzut. (2) În cazul în care atribuirea contractului de achiziție publică se realizează prin aplicarea procedurii de dialog competitiv, criteriul de atribuire utilizat trebuie să fie numai oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

și a asistenței tehnice, termenul de livrare, termenul de execuție, precum și alte asemenea elemente; modul de calcul este stabilit de autoritatea contractantă;

- prețul cel mai scăzut.

Diferența dintre actuala reglementare și Proiectul Legii achizițiilor publice este evidentă: potrivit actualei reglementări, oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic este un criteriu de atribuire a contractului de achiziție publică, alternativ cu criteriul prețului cel mai scăzut, alegerea aparținând autorității contractante organizatoare a achiziției publice.

Potrivit Proiectului Legii achizițiilor publice, întotdeauna contractul de achiziție publică este atribuit operatorului care a depus cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic. Prețul cel mai scăzut nu mai este un criteriu de atribuire a contractului, ci un factor, un criteriu de determinare a ofertei cele mai avantajoase din punct de vedere economic. Autoritatea contractantă stabilește care ofertă este cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, utilizând criterii alternative, precum prețul cel mai scăzut, costul cel mai scăzut sau cel mai bun raport calitate-preț. Astfel, se poate ajunge la aprecierea exclusivă a prețului oferat, în stabilirea celei mai avantajoase oferte și în atribuirea contractului de achiziție publică. Proiectul oferă mai multe criterii de apreciere autorității contractante, aplicarea efectivă a acestora urmând să fie dovedită de practică. Deși reglementarea propusă pare total diferită de actuala optică a legiuitorului, în esență nu ne aflăm în prezența unei modificări de ansamblu. Aceasta pentru că autoritatea contractantă, potrivit Proiectului Legii privind achizițiile publice, poate să rezume calificarea ofertei ca fiind cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, exclusiv prin prisma prețului cel mai scăzut; cu alte cuvinte, la fel ca în actuala reglementare unde prețul cel mai scăzut reprezintă un criteriu de atribuire a contractului de achiziție publică. Propunerea legislativă nu este în măsură să asigure autorității contractante calitatea lucrării, produsului ori serviciului achiziționat și nici să elimine acei ofertanți care sub masca unui preț foarte scăzut, nu reușesc în final să își îndeplinească obligațiile contractuale asumate.

Potrivit actualei reglementări, sunt multe situații în care, aplicând criteriul prețului cel mai scăzut și fără posibilitatea de a cenzura în vreun mod furnizorii de produse, servicii ori lucrări, cu care contractanții desemnați colaborează în executarea unor contracte de achiziție publică, autoritățile contractante devin beneficiarii unor produse, servicii ori lucrări publice necorespunzătoare calitativ. Credem că dacă nu vor dispărea asemenea situații, măcar numărul lor va scădea semnificativ, odată cu intrarea în vigoare a unei asemenea reglementări. Apreciem că ar fi putut fi luată în discuție introducerea unor criterii care să garanteze calitatea achiziției; dacă în cazul achiziției de lucrări ori servicii acest lucru pare a fi mai greu de realizat, în cazul achiziției de produse, reglementarea mărcii produsului este în măsură să asigure acest scop, respectiv calitatea produsului achiziționat. Desigur, la prima vedere, o asemenea reglementare intră în conflict direct cu principiile și scopurile urmărite de legiuitor, cum sunt egalitatea și nediscriminarea operatorilor economici; totuși, raportat la scopul public al unei proceduri de achiziție, calitatea și

siguranța achiziției ar trebui să primeze de exemplu, în fața criteriului prețului cel mai scăzut.

15. În sfârșit, ultima problemă asupra căreia ne oprim atenția în această parte a lucrării, o reprezintă reglementarea posibilității de modificare a contractului de achiziție publică.

Astfel, în art. 220 din Proiectul Legii achizițiilor publice, se propune posibilitatea modificării contractului de achiziție publică, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, atunci când, indiferent de valoarea monetară a modificărilor, acestea au fost prevăzute în documentele achiziției inițiale sub forma unor clauze de revizuire clare, precise și fără echivoc, care pot include clauze de revizuire a prețului sau orice alte opțiuni. Evident, nu pot fi stabilite asemenea clauze care să contravină scopului și principiilor achizițiilor publice.

Potrivit acestei propuneri legislative, contractele de achiziție publică pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) devine necesară achiziționarea de la contractantul inițial a unor produse, servicii sau lucrări suplimentare care nu au fost incluse în contractul inițial, dar care au devenit strict necesare în vederea îndeplinirii acestuia;

b) schimbarea contractantului este imposibilă;

c) orice majorare a prețului contractului reprezentând valoarea produselor/serviciilor/ lucrărilor suplimentare nu va depăși 50% din valoarea contractului inițial.

De asemenea, potrivit propunerii legislative, contractele de achiziție publică pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) modificarea a devenit necesară în urma unor circumstanțe pe care o autoritate contractantă care acționează cu diligență nu ar fi putut să le prevadă;

b) modificarea nu afectează caracterul general al contractului;

c) creșterea prețului nu depășește 50% din valoarea contractului de achiziție publică inițial.

Contractele de achiziție publică pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, și într-una dintre următoarele situații, așa cum se menționează în Proiectul Legii achizițiilor publice:

a) atunci când contractantul căruia autoritatea contractantă i-a atribuit inițial contractul de achiziție publică este înlocuit de un nou contractant, pentru evitarea încetării contractului și ca urmare a unei clauze de revizuire sau a unei opțiuni stabilite de autoritatea contractantă;

b) drepturile și obligațiile contractantului inițial rezultate din contractul de achiziție publică sunt preluate, ca urmare a unei succesiuni universale sau cu titlu universal, de către un alt operator economic care îndeplinește criteriile de calificare și selecție stabilite inițial, cu condiția ca această modificare să nu presupună alte modificări substanțiale ale contractului de achiziție publică și să nu se realizeze cu scopul de a eluda aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de lege;

c) la încetarea anticipată a contractului de achiziție publică, contractantul principal cesionează autorității contractante contractele încheiate cu

subcontractanții acestuia, ca urmare a unei clauze de revizuire sau a unei opțiuni stabilite de autoritatea contractantă.

În fine, contractele de achiziție publică pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, și în următoarele situații prevăzute în Proiectul Legii achizițiilor publice, atunci când sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) valoarea modificării este mai mică decât pragurile valorice reglementate pentru achiziția de produse, servicii și, respectiv, lucrări;

b) valoarea modificării este mai mică decât 10% din valoarea contractului de achiziție publică inițial, în cazul contractelor de achiziție publică de servicii sau de produse, sau mai mică decât 15% din valoarea contractului de achiziție publică inițial, în cazul contractelor de achiziție publică de lucrări.

Actuala reglementare nu prevede expres posibilitatea de modificare a contractelor de achiziții publice încheiate între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător. De altfel, nici O.U.G. nr. 34/2006 și nici H.G. nr. 925/2006 nu reglementează regimul juridic al contractului de achiziție publică.

Credem că propunerea de reglementare a modificării contractului de achiziție publică este benefică mai ales în cazul contractului de achiziție de lucrări și, respectiv, de servicii. În aceste cazuri pe parcursul derulării contractului, pot apărea situații în care se impune fie suplimentarea lucrărilor ori serviciilor achiziționate inițial, fie a prețului acestora, în vederea atingerii și satisfacerii scopului public. Evident, situațiile exemplificate nu pot fi excluse în cazul achiziției de produse. Totuși, modificarea contractului de achiziție publică trebuie primită cu rezerve, datorită naturii juridice a contractului, aceea de contract administrativ, de drept public. Clauzele exorbitante din contractul de achiziție publică nu pot face obiectul niciunei negocieri și, implicit, nici a vreunei modificări ulterioare. În toate cazurile, modificarea clauzelor contractului de achiziție publică, trebuie realizată cu respectarea principiilor și a scopurilor urmărite de legiuitor în procedura de atribuire a contractului respectiv.

III. 16. Proiectul Legii privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, se dorește a fi un adevărat Cod de procedură pentru soluționarea unui litigiu de achiziții publice.

Prin modul în care este propusă reglementarea procedurii de soluționare a litigiilor izvorâte în cadrul unei proceduri de atribuire a contractului de achiziție publică, acest Proiect legislativ transpune mai bine principiul facultativității procedurilor administrativ-jurisdicționale, stipulat în art. 21 alin. (4) din Constituția României²⁰.

Astfel, potrivit art. 4 alin. (2) din Proiect, împotriva actului sau operațiunii autorității contractante, operatorul economic interesat se poate adresa Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanței de judecată.

²⁰ Potrivit art. 21 alin. (4) din Constituția României, „jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite”.

În actuala reglementare, potrivit art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006, „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență”, iar potrivit art. 256, „în vederea soluționării contestațiilor pe cale administrativ-jurisdicțională, partea care se consideră vătămată are dreptul să se adreseze Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu respectarea prevederilor art. 256² și 270-271”. Textele confuze au determinat intervenția Curții Constituționale, care a tranșat și a statuat constituționalitatea acestora²¹.

17. În continuare, art. 6 alin. (1) din Proiect propune caracterul obligatoriu al notificării, pe care operatorul economic care intenționează să sesizeze Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată, trebuie să o adreseze autorității contractante, în scopul remedierii pretinselor încălcări.

Caracterul obligatoriu al notificării rezidă și din prevederile art. 6 alin. (10) din Proiect, potrivit cărora sesizarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă. În actuala reglementare, notificarea autorității contractante este o facultate a operatorului economic, acesta din urmă putând opta pentru introducerea contestației la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau la instanța de judecată, fără a mai notifica autoritatea contractantă²².

Potrivit acestui Proiect legislativ, notificarea prealabilă îndeplinește rolul recursului grațios pentru acele situații în care operatorul economic alege calea acțiunii în instanță, alternativ contestației la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă sau în cazul în care autoritatea contractantă nu emite niciun răspuns, precum și în cazul în care măsurile de remediere adoptate sunt considerate prejudiciabile, operatorul economic se poate adresa instanței de judecată competente, respectiv tribunalului, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei arie de competență teritorială se află sediul autorității contractante. Hotărârea pronunțată de instanță 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 cazul în care se alege calea contestației administrativ-jurisdicționale, aceasta va fi soluționată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Împotriva deciziilor pronunțate de Consiliu, se poate face plângere la Curtea de

²¹ Curtea Constituțională – prin Dec. nr. 284/2012, publicată în M. Of. nr. 344 din 21 mai 2012 – a respins excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006.

²² A se vedea art. 256¹ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, care prevede că: „Înainte de a se adresa Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, persoana vătămată notifică autoritatea contractantă cu privire la pretinsa încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la intenția de a sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Dispozițiile art. 205 și 256² rămân aplicabile”. În continuare, alin. (2) din acest text legal prevede că: „Lipsa notificării prevăzute la alin. (1) nu împiedică introducerea cererii în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

Apel, secția de contencios administrativ, în raza căreia își are sediul autoritatea contractantă. Hotărârea pronunțată de Curtea de Apel este definitivă.

În cazul în care se alege calea contestației judiciare, acțiunea în contencios administrativ va fi soluționată de Tribunal, secția de contencios administrativ, în raza căreia își are sediul autoritatea contractantă. Împotriva hotărârii pronunțate de tribunal, se poate formula recurs, care va fi soluționat de Curtea de Apel, secția de contencios administrativ, în raza căreia își are sediul autoritatea contractantă. Hotărârea pronunțată de Curtea de Apel este definitivă.

Cu referire la conținutul contestației, formulată pe cale administrativ-jurisdicțională, aceasta trebuie să cuprindă numele și prenumele ori denumirea contestatorului, precum și datele de identificare, denumirea și sediul autorității contractante, denumirea obiectului contractului, procedura de atribuire aplicată, după caz, numărul și data anunțului/invitației de participare din sistemul electronic de achiziții publice, precizarea actului atacat al autorității contractante, obiectul contestației, motivarea în fapt și în drept a contestației, mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil, precum și semnătura olografă a contestatorului persoană fizică sau a reprezentantului persoanei juridice. Contestatorul trebuie să atașeze contestației și dovada notificării prealabile a autorității contractante și răspunsul autorității contractante, dacă există, precum și dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, împreună cu mijloacele de probă de care dispune.

Potrivit actualei reglementări, art. 270 din O.U.G. nr. 34/2006 prevede: „contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: a) numele, domiciliul sau reședința contestatorului ori, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul lor și codul unic de înregistrare. În cazul persoanelor juridice se vor indica și persoanele care le reprezintă și în ce calitate; b) denumirea și sediul autorității contractante; c) denumirea obiectului contractului de achiziție publică și procedura de atribuire aplicată; d) obiectul contestației; d¹) dovedirea interesului legitim; e) motivarea în fapt și în drept a cererii; f) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil; g) semnătura părții sau a reprezentantului persoanei juridice”. Potrivit art. 271 din ordonanță, „contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. (1), dacă acestea sunt disponibile”.

În Proiectul Legii privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, s-a renunțat la a se indica în cuprinsul contestației a dovedirii interesului legitim, condiție introdusă în art. 270 alin. (1) lit. d¹) din O.U.G. nr. 34/2006 prin mult criticată²³ O.U.G. nr. 51/2014²⁴.

²³ A se vedea opinia critică exprimată de S.I. Stănilă, în lucrarea *Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. Analiza modificărilor realizate prin Ordonanța de*

Condiția dovedirii interesului legitim este în măsură să genereze interpretări subiective din partea organului jurisdicțional de soluționare a contestațiilor, rămânând la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să aprecieze dacă acest interes există sau nu și, respectiv, dacă el este legitim. Calitatea de a formula contestație aparține doar celor care participă într-o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică, în care urmăresc atribuirea contractului administrativ și, implicit obținerea de profit, de beneficii. Evident că acest interes există, se prezumă chiar, nemaifiind necesară reglementarea lui expresă.

De asemenea, Proiectul nu mai prevede instituția garanției de bună conduită²⁵. Și această obligație stabilită în sarcina contestatorului, în scopul de a proteja

Urgență a Guvernului nr. 51/2014, lucrare susținută în cadrul Conferinței internaționale bienale, ed. a X-a, Timișoara, 17-18 octombrie 2014, organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, în colaborare cu Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara, publicată în *Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept*, Ed. Universul Juridic, București, nr. 1/2015, pp. 133-148.

²⁴ Publicată în M. Of. nr. 486 din 30 iunie 2014.

²⁵ Potrivit art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006, „(1) în scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia. (2) Contestația/ Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1). (3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii. (4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel: a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b); b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției; c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției; d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul BNR de la data constituirii garanției. (5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă. (6) În cazul în care, în ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia Consiliului sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în aceleași condiții de la alin. (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită. Prevederile art. 271² alin. (3)-(5) se aplică în mod corespunzător. (7) Prevederile alin. (1)-(6) se aplică în mod corespunzător și în situația în care plângerea împotriva deciziei Consiliului este formulată de o altă persoană decât autoritatea contractantă sau contestator, conform art. 281¹. Potrivit art. 271² din O.U.G. nr. 34/2006, „(3) Măsura prevăzută la alin. (1) nu va fi aplicată în cazul în care Consiliul/instanța de judecată respinge contestația ca rămasă fără obiect sau în cazul în care s-a renunțat la contestație/cerere/plângere, ca urmare a adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere necesare, în condițiile art. 256³ alin. (1). (4) În situația în care Consiliul admite contestația, respectiv instanța competentă admite plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului de respingere a contestației, autoritatea contractantă are obligația de a restitui contestatorului garanția de bună conduită, în cel mult 5 zile de la momentul rămânerii definitive a deciziei/hotărârii. (5) În situația în care contestatorul se adresează direct instanței de judecată și aceasta admite cererea

autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, a fost introdusă anterior prin O.U.G. nr. 51/2014 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. Rezultatele implementării acestei obligații, nu pe măsura așteptărilor²⁶, au condus probabil la propunerea de a se renunța la această suprataxare a contestației, cale de atac jurisdicțional-administrativă, esențialmente gratuită. Justificarea unei instituții juridice care prezuma reaua-credință²⁷ a operatorilor economici care intenționau să conteste acte și măsuri administrative ale autorităților contractante, nu a mai fost reținută, pe bună dreptate, de autorul Proiectului. În legătură cu instituția garanției de bună conduită, Curtea Constituțională s-a pronunțat, statuând că dispozițiile art. 271² alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2004 sunt neconstituționale²⁸.

18. O ultimă propunere cu caracter de noutate și foarte interesantă în același timp, se referă la Capitolul VII, intitulat „Dispoziții speciale”, din Proiectul de lege, care stabilește *Măsurile privind unificarea practicii administrativ-jurisdicționale*. Este vorba despre reglementarea activității Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care primește competența de a discuta problemele de drept care au condus la pronunțarea de soluții diferite în cauze similare. În vederea unificării practicii administrativ-jurisdicționale, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor va organiza semestrial seminarii cu judecători din cadrul instanțelor judecătorești și specialiști din cadrul Autorității Naționale pentru Achiziții Publice, precum și alte categorii de experți. Plenul Consiliului va putea emite hotărâri de unificare a practicii sale administrativ-jurisdicționale. De asemenea, în cazurile în care Consiliul constată abordări diferite în hotărârile judecătorești definitive din cauze similare în materia achizițiilor publice sau concesiunilor, acesta va sesiza și transmite Curții de Apel București hotărârile judecătorești respective, în copie, în vederea declanșării la Înalta Curte de Casație și Justiție a procedurii de pronunțare asupra problemelor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești, în condițiile Codului de procedură civilă.

introdusă, prevederile alin. (4) se aplică în mod corespunzător. (6) Sumele încasate de autoritatea contractantă din executarea garanției de bună conduită reprezintă venituri ale autorității contractante”.

²⁶ A se vedea I. Vass, *Alo, Guvernul? Cine răspunde pentru debandada creată în achiziții publice de garanția de bună conduită?*, articol publicat pe <http://www.juridice.ro/381560/alo-guvernul-cine-raspunde-pentru-debandada-creata-in-achizitii-publice-de-garantia-de-buna-conduita.html>.

²⁷ A se vedea D. Cristea, I. Șerban, D. Cristea, *Comentarii asupra motivării Deciziei CCR de declarare drept neconstituționale a prevederilor privind garanția de bună conduită în litigiile de achiziții publice. Consecințe pentru operatorii economici implicați în dispute privind proceduri de achiziție publică*, publicat pe <http://www.juridice.ro/366226/comentarii-asupra-motivarii-deciziei-ccr-de-declarare-drept-neconstituționale-a-prevederilor-privind-garantia-de-buna-conduita-in-litigiile-de-achizitii-publice-consecințe-pentru-operatorii-economici.html>.

²⁸ Dec. CCR nr. 5/2015, publicată în M. Of. nr. 188 din 19 martie 2015.

IV. 19. Analiza realizată, fără a avea pretenția de a fi una completă, are menirea de a evidenția aspectele esențiale propuse prin cele două Proiecte legislative privind achizițiile publice și, respectiv, remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și a contractelor de concesiune și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care diferă față de actuala reglementare, unitară din punct de vedere formal, a achizițiilor publice.

Credem că noua reglementare propusă pentru procedura de soluționare a litigiilor în fața Consiliului de Soluționare a Contestațiilor, precum și în instanță, reprezintă un progres față de actuala reglementare, întrucât s-a renunțat la unele instituții juridice criticate în doctrină – garanția de bună conduită – și s-au reglementat mai eficient alte instituții juridice, care se aplică și în prezent.

Din punct de vedere al procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, reglementarea propusă nu reprezintă în opinia noastră un mare pas înainte, întrucât, pe de-o parte nu sunt oferite suficiente criterii de stabilire a ofertei câștigătoare, altele decât prețul cel mai scăzut, criteriu care a dovedit că autoritățile contractante nu pot fi beneficiarele unor produse, servicii sau lucrări calitative, la prețul cel mai scăzut. Pe de altă parte, pentru că problemele apărute în practică, constând în fraudarea unor proceduri de atribuire, eludarea criteriilor care dovedesc capacitatea operatorilor economici de a executa un contract de achiziție publică, nu au primit rezolvare. Chiar dacă s-a propus creșterea numărului situațiilor în care autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire operatorul economic, pentru fapte incompatibile cu procesul de achiziție publică, nu s-au propus metodele prin care autoritățile contractante pot identifica aceste situații.

7.

Persoana juridică – subiect activ al infracțiunii de evaziune fiscală

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

Abstract

Tax evasion is a scourge that affects society both in its economic dimension and in its moral, human and legal dimension. In this context, the judicial penal policy of a State, reflected in how the criminal legal norms are promptly applied in concrete situations is a crucial element in fighting this phenomenon. A legal entity is the main actor in the commission of the tax evasion offences, most of such offences being committed in the name, interests or the achievement of the legal purpose of the legal entity. In these conditions we should boost the judiciary to impose criminal liability of legal persons, in cases when all legal requirements are met both in terms of legal content of the offences of tax evasion provided by Law no. 241/2005 and in terms of criminal liability of legal persons provided by art. 135 of the Romanian Penal Code.

Keywords: *tax evasion offences, legal person, criminal liability of the legal person, legal scope, mens rea, criminal deed*

Rezumat

Evaziunea fiscală reprezintă un flagel ce afectează societatea atât în planul dimensiunii economice, cât și în cel al dimensiunii morale, umane și juridice. În acest context politica penală judiciară a statului, concretizată și în modalitatea în care normele juridice penale sunt aplicate cu promptitudine în cazul unor situații concrete este un element extrem de important în combaterea acestui fenomen. Persoana juridică este principalul actor în comiterea faptelor de evaziune fiscală, majoritatea infracțiunilor de acest fel fiind comise în numele, interesul sau realizarea obiectului de activitate al

* laura@stanila.com.

persoanei juridice. În aceste condiții trebuie să impulsivăm organele judiciare să angajeze răspunderea penală a persoanelor juridice, în condițiile în care sunt întrunite toate condițiile legale atât în ceea ce privește conținutul juridic al faptelor de evaziune fiscală incriminate prin Legea nr. 241/2005, cât și în ceea ce privește angajarea răspunderii penale a persoanei juridice reglementate de art. 135 C. pen. rom.

Cuvinte-cheie: *infrațiuni de evaziune fiscală, persoană juridică, răspunderea penală a persoanei juridice, obiect de activitate, mens rea, faptă penală*

I. Aspecte introductive privind evaziunea fiscală

Evaziunea fiscală, fenomen social generat și potențat de o politică fiscală deficitară a unui stat, reprezintă un domeniu în care statul nu poate interveni prin mijloace de drept penal decât extrem de atent, o zonă de reglementare extrem de sensibilă în care interpretarea și aplicarea normelor de incriminare presupune un apel la dispozițiile fiscale și financiare, pe cât de numeroase, pe atât de complexe. Nu constituie obiectul preocupării noastre analiza cauzelor și formelor evaziunii fiscale, ci, prin prezentul studiu încercăm a atrage atenția asupra modului în care se realizează aplicarea practică a normelor de incriminare în cazul persoanelor juridice. Legea nr. 241/2005¹ pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale creează cadrul legislativ necesar în vedere menținerii disciplinei financiare, a reducerii prejudiciilor cauzate prin sustragerile de la plata impozitelor și taxelor datorate statului și a condiționării conduitei contribuabililor în raporturile lor cu Statul și organele fiscale. Legea nr. 241/2005 incriminează două categorii de infrațiuni, și anume: infrațiuni de evaziune fiscală [art. 9 alin. (1) lit. a)-g) din lege] și infrațiuni aflate în legătură cu infrațiunile de evaziune fiscală (art. 3-8 din lege).

Potrivit dispozițiile art. 3-8 din Legea nr. 241/2006, constituie infrațiuni în legătură cu cele de evaziune fiscală:

- fapta contribuabilului care nu reface, cu intenție sau din culpă, documentele de evidență contabilă distruse, în termenul înscris în documentele de control (art. 3);

- refuzul nejustificat al unei persoane de a prezenta organelor competente documentele legale și bunurile din patrimoniu, în scopul împiedicării verificărilor financiare, fiscale sau vamale, în termen de cel mult 15 zile de la somație (art. 4);

- împiedicarea, sub orice formă, a organelor competente de a intra, în condițiile prevăzute de lege, în sedii, incinte ori pe terenuri, cu scopul efectuării verificărilor financiare, fiscale sau vamale (art. 5);

- deținerea sau punerea în circulație, fără drept, a timbrelor, banderolelor ori formularelor tipizate, utilizate în domeniul fiscal, cu regim special [art. 7 alin. (1)];

¹ Publicată în M. Of. nr. 672 din 27 iulie 2005.

- tipărirea, folosirea, deținerea sau punerea în circulație, cu știință, de timbre, banderole ori formulare tipizate, utilizate în domeniul fiscal, cu regim special, falsificate [art. 7 alin. (2)];

- stabilirea cu rea-credință de către contribuabil a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor, având ca rezultat obținerea, fără drept, a unor sume de bani cu titlu de rambursări sau restituiri de la bugetul general consolidat ori compensări datorate bugetului general consolidat [art. 8 alin. (1)];

- asocierea în vederea săvârșirii faptei prevăzute la art. 8 alin. (1) [art. 8 alin. (2)].

În ceea ce privește fapta prevăzută de art. 6 – reținerea și nevărsarea, cu intenție, în cel mult 30 de zile de la scadență, a sumelor reprezentând impozite sau contribuții cu reținere la sursă –, arătăm că aceasta a fost dezincriminată ca urmare a declarării ca neconstituțional a textului de incriminare prin *Decizia nr. 363 din 7 mai 2015 a Curții Constituționale*². Textul a fost declarat neconstituțional întrucât nu îndeplinea condiția previzibilității, nefiind suficient de precis și clar pentru a putea fi aplicat. Curtea a arătat că nici în cuprinsul art. 6, nici în cuprinsul Legii nr. 241/2005 sau al altor acte normative, noțiunea de „impozite sau contribuții cu reținere la sursă” nu este definită. Însă, prin normele infralegale, care au menirea de a aproba modelul și conținutul formularelor utilizate pentru declararea impozitelor, taxelor și contribuțiilor, sunt inventariate impozitele și contribuțiile colectate prin reținere la sursă, iar impozitul pe veniturile din transferul proprietăților imobiliare din patrimoniul personal sau impozitul pe alte venituri ale persoanelor fizice este menționat ca un impozit cu reținere la sursă. Așadar, Curtea a reținut că obiectul material al infracțiunii nu este configurat prin lege, ci printr-un act administrativ de aplicare a legii al cărui obiect de reglementare vizează, în realitate, un domeniu distinct, respectiv aprobarea modelului și conținutului unor formulare. Or, în ipoteza infracțiunilor, inclusiv a celor reglementate în domeniul fiscal, legiuitorul trebuie să indice în mod clar și neechivoc obiectul material al acestora în chiar cuprinsul normei legale sau acesta să poată fi identificat cu ușurință prin trimiterea la un alt act normativ de rang legal cu care textul incriminator se află în conexiune, în vederea stabilirii existenței/ inexistenței infracțiunii. Norma de incriminare de la art. 6 și-a încetat efectele juridice începând cu data de 21 august 2015, după trecerea intervalului de 45 de zile de la publicare, timp în care legiuitorul nu a intervenit în sensul restabilirii concordanței textului declarat neconstituțional cu Legea Fundamentală.

Potrivit art. 9 din lege, constituie infracțiuni de evaziune fiscală următoarele fapte săvârșite în scopul sustragerii de la îndeplinirea obligațiilor fiscale:

- a) ascunderea bunului ori a sursei impozabile sau taxabile;
- b) omisiunea, în tot sau în parte, a evidențierii, în actele contabile ori în alte documente legale, a operațiunilor comerciale efectuate sau a veniturilor realizate;
- c) evidențierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la baza operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive;

² Publicată în M. Of. nr. 495 din 6 iulie 2015.

d) alterarea, distrugerea sau ascunderea de acte contabile, memorii ale aparatelor de taxat ori de marcat electronice fiscale sau de alte mijloace de stocare a datelor;

e) executarea de evidențe contabile duble, folosindu-se înscrisuri sau alte mijloace de stocare a datelor;

f) sustragerea de la efectuarea verificărilor financiare, fiscale sau vamale, prin nedeclararea, declararea fictivă ori declararea inexactă cu privire la sediile principale sau secundare ale persoanelor verificate;

g) substituirea, degradarea sau înstrăinarea de către debitor ori de către terțe persoane a bunurilor sechestrate în conformitate cu prevederile Codului de procedură fiscală și ale Codului de procedură penală.

Art. 9 prevede fapte distincte de evaziune fiscală iar nu modalități de comitere a unei infracțiuni. În ipoteza comiterii a două sau mai multe fapte dintre cele prevăzute la lit. a)-g) ale art. 9 din lege, se va reține un concurs de infracțiuni.

Indiferent că discutăm de infracțiuni propriu-zise de evaziune fiscală sau infracțiuni în legătură cu acestea, oricare dintre ele poate fi comisă atât de persoana fizică, cât și de o persoană juridică. Mai mult, chiar și în situațiile în care legiuitorul vorbește de existența unui subiect activ calificat – contribuabil (art. 3 și 8), debitor [art. 9 lit. g)] – se poate angaja răspunderea penală a persoanei juridice.

În ceea ce privește calitatea de subiect activ al infracțiunilor de evaziune fiscală sau al infracțiunilor în legătură cu acestea, observăm că persoana juridică poate fi inculpată pentru comiterea lor, în sistemul de drept românesc fiind reglementată instituția răspunderii penale a persoanei juridice. Fiind vorba de infracțiuni incluse într-o categorie mai vastă de infracțiuni privind activitatea contabilă și activitatea financiar-bancară³ este evident că ele se comit în principal în derularea activităților specifice obiectului de activitate al unor agenți economici – persoane juridice. De aceea diferențele uriașe relevate de analiza dispozițiilor legale în contrapartidă cu poziția organelor judiciare în activitatea de tragere la răspundere penală a persoanelor juridice sunt aproape imposibil de explicat sau argumentat.

Văzute în doctrină inițial ca două sisteme ireconciliabile⁴, sistemul continental și sistemul *common law* au reușit performanța de a se apropia la modul semnificativ, mai ales în ultimele două decenii, chestiunea răspunderii penale a persoanei juridice fiind unul dintre elementele care au constituit liantul acestei apropieri. Atât din punct de vedere calitativ, cât și din punct de vedere cantitativ, infraționalitatea persoanei juridice acoperă aria cea mai semnificativă a

³ T. Toader, *Infracțiuni prevăzute în legile speciale. Reglementare. Doctrină. Decizii ale Curții Constituționale. Jurisprudență*, ed. a V-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. XIII.

⁴ R. Hefendehl, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems*, în *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, nr. 1/1999, p. 283, disponibil și online la [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bcl/articles/4\(1\)/hefehndehlpdf.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bcl/articles/4(1)/hefehndehlpdf.pdf).

infracționalității în cadrul societății, constituind, în opinia unui autor, drept cel mai important subiect dezbătut în dreptul penal la momentul actual⁵.

Problema răspunderii persoanei juridice pentru fapte de evaziune fiscală presupune o analiză similară a răspunderii penale a persoanelor juridice pentru comiterea altor categorii de infracțiuni, respectiv a verificării îndeplinirii condițiilor de tragere la răspundere penale prevăzute de art. 135 C. pen.:

a) Infracțiunea să fie comisă de o entitate legală având personalitate juridică ce nu a fost exclusă în mod absolut sau relativ de către legiuitor, adică care nu se bucură de imunitate juridică penală (stat, autoritățile publice și instituții publice pentru fapte comise în cadrul activităților ce nu pot face obiectul domeniului privat);

b) Infracțiunea să fie comisă în numele, interesul sau realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice.

Din punctul de vedere al efectuării actelor materiale, persoana juridică va comite infracțiunea prin intermediul unui agent uman – administrator sau alt reprezentant legal, reprezentant contractual – mandatar sau alt tip de împuternicit, ori un angajat al persoanei juridice.

II. Subiectul activ al infracțiunilor de evaziune fiscală

Doctrina⁶ a identificat cinci categorii de subiecți activi ai infracțiunilor de evaziune fiscală sau infracțiunilor asimilate: contribuabil, plătitor, persoana impozabilă, suportator și alte persoane.

a) Contribuabilul

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 241/2005, subiectul activ al evaziunii fiscale este contribuabilul, definit ca „orice persoană fizică ori juridică sau orice altă entitate fără personalitate juridică care datorează impozite, taxe, contribuții și alte sume bugetului general consolidat”⁷. Această definiție se regăsește și în art. 17 alin. (2) C. pr. fisc. încă în vigoare⁸, precum și în art. 1 pct. 4 din noul Cod de procedura fiscală (NCPF)⁹, aplicabil de la 1 ianuarie 2016, contribuabilul fiind definit în legislația fiscală ca „orice persoană fizică sau juridică sau orice altă entitate fără personalitate juridică, ce datorează impozite și taxe, contribuții și alte sume bugetului general consolidat, în condițiile legii”.

Stricto sensu, prin contribuabil înțelegem orice persoană care datorează în nume propriu impozite, taxe, contribuții sau alte sume către bugetul general consolidat.

⁵ B. Schünemann, Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel, *apud* R. Hefendehl, *op. cit.*, p. 284.

⁶ I.M. Costea, *Particularități privind subiectele evaziunii fiscale*, în *Analele Științifice ale Universității*

„Al.I. Cuza” Iași, Tomul LIV: 87-100, Științe Juridice, 2008, p. 89.

⁷ Art. 2 lit. b) din Legea nr. 241/2005.

⁸ O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată în M. Of. nr. 513 din 31 iulie 2007.

⁹ Legea nr. 207/2015, publicată în M. Of. nr. 547 din 23 iulie 2015.

Lato sensu, contribuabil este orice persoană care datorează o sumă către bugetul general consolidat, indiferent dacă sumele cu titlu de impunere sunt datorate în nume propriu sau nu, incluzând și categoria plătitorilor prin reținere la sursă (persoane titulare de obligații de natură bugetară de tipul contribuțiilor sociale, precum și alte persoane care datorează sume către bugetul general consolidat, inclusiv cele care datorează creanțe vamale în condițiile dispozițiilor Codului vamal). Având în vedere explicațiile și interpretările avansate în doctrina de drept fiscal și financiar, se apreciază în general că legiuitorul, în redactarea dispozițiilor Legii nr. 241/2005, a avut în vedere în general sensul larg al noțiunii de contribuabil¹⁰.

Întrucât legea specială nu distinge, contribuabilul poate fi atât persoana fizică, cât și persoana juridică, după cum și entitățile fără personalitate juridică.

b) Plătitorul

Plătitorul este reprezentat de o persoană terță, ce intervine pe lângă debitor și creditor în cadrul raporturilor juridice de drept fiscal. Plătitorul are obligația de a plăti sau de a reține și de a plăti, după caz, impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare, într-un cuvânt, în domeniul impozitelor prin stopaj la sursă (impozite pe veniturile din salarii sau asimilate, din pensii, din investiții, din premii și jocuri de noroc, din drepturi de proprietate intelectuală).

c) Persoana impozabilă

Noțiunea de persoană impozabilă este utilizată de legiuitorul român în materia TVA. Este persoană impozabilă „orice persoană fizică, grup de persoane, instituție publică, persoană juridică, precum și orice entitate capabilă să desfășoare o activitate economică”. Deși Codul fiscal utilizează noțiunea de persoană impozabilă, din punctul de vedere al Legii nr. 241/2005, plătitorii de TVA intră în sfera noțiunii de *contribuabil*. Datorează TVA atât persoanele fizice, cât și persoanele juridice care s-au înregistrat ca plătitori de TVA, conform legislației în materie.

d) Suportatorul impunerii

Suportatorul impunerii este o categorie utilizată în domeniul impozitelor indirecte (TVA, accize), fiind reprezentată de consumatorul de bunuri și servicii. Suportatorul impunerii nu este parte a unui raport juridic de drept fiscal întrucât plătește impunerea în cadrul prețului pentru bunul sau serviciul achiziționat de la comercianți și, pe cale de consecință, nu are obligații fiscale proprii. Este suportator al impunerii numai consumatorul final, de aceea comercianții, care efectuează operațiuni cu produse taxabile sau accizabile intermediare, au întotdeauna obligații fiscale proprii și răspund, inclusiv penal în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 241/2005¹¹.

¹⁰ M.Ș. Minea, C.F. Costăș, D.M. Ionescu, *Legea evaziunii fiscale. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 45.

¹¹ I.M. Costea, *op. cit.*, p. 94.

e) Alte persoane cu potențial de a deveni subiect activ al evaziunii fiscale

Intră în această categorie:

- debitorul fiscal în cadrul procedurii de executare silită. Noțiunea de debitor este utilizată de Codul de procedură fiscală pentru a desemna persoanele, care în calitate de contribuabil sau în altă calitate (persoană sancționată penal sau contravențional) datorează sume restante către bugetul general consolidat cu titlul de impozite, taxe, contribuții, amenzi contravenționale sau amenzi penale. Debitorul fiscal poate fi subiect activ al infracțiunii prevăzute de art. 9 lit. g) din Legea nr. 241/2005, și anume substituirea, degradarea sau înstrăinarea bunurilor supuse sechestrului.

- custodele. Conform art. 153 C. pr. fisc. în vigoare (art. 240 NCPF), custodele are obligația de a conserva bunurile mobile supuse executării silite.

- persoanele aflate în anumite raporturi cu contribuabilul, fiind obligate să comunice informații sau să prezinte bunuri. Aceste persoane pot comite infracțiunea prevăzută de art. 4 din Legea nr. 241/2005, respectiv refuzul nejustificat de a prezenta organelor competente documentele legale și bunurile din patrimoniu, în scopul împiedicării verificărilor financiare, fiscale sau vamale.

- terți care nu au calitatea de subiect al raportului de drept fiscal. Pot fi comise de terți care nu au calitatea de contribuabil infracțiunile prevăzute de art. 5 din Legea nr. 241/2005 (împiedicarea accesului organelor de control), art. 7 alin. (1) și (2) (punerea în circulație fără drept a formularelor fiscale reale sau false), art. 9 lit. a) (ascunderea bunului sau a sursei impozabile), art. 9 lit. d) (alterarea, distrugerea de documente contabile), art. 9 lit. g) (substituirea sau degradarea bunurilor sechestrate).

III. Analiza condițiilor prevăzute de art. 135 C. pen. în raport cu infracțiunile prevăzute de Legea nr. 241/2005

Din analiza dispozițiilor art. 135 C. pen. apreciem că:

a) Modelul angajării răspunderii penale a persoanei juridice potrivit legislației în vigoare este un model de răspundere directă.

Răspunderea penală a persoanei juridice este o răspundere proprie a acestui subiect de drept, care se angajează prin derularea unui procedeu distinct de evaluare a vinovăției față de procedeu de angajare a răspunderii penale a persoanei fizice. Persoana juridică și persoana fizică sunt două entități separate, doi agenți distincți, fiecare răspunzând penal în conformitate cu actele materiale comise și cu propria sa vinovăție.

b) Analiza răspunderii penale a persoanei juridice se realizează distinct de analiza răspunderii penale a persoanei fizice care a comis actul material, implicând și o analiză distinctă a elementului subiectiv al infracțiunii.

c) Pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice trebuie ca infracțiunea să fie comisă de agentul uman în cel puțin una dintre cele trei situații prevăzute de art. 135, respectiv: în numele, în interesul sau în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice.

1. Fapta este comisă de către o persoană fizică în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice

Răspunderea penală a persoanei juridice într-un asemenea caz se poate antrena doar dacă fapta comisă are legătură cu realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice.

În primul rând, agentul uman care comite actul material poate fi atât o persoană fizică ce face parte din organele de conducere ale persoanei juridice, cât și orice altă persoană fizică ce acționează în baza unui mandat de reprezentare legal, statutar sau chiar *de facto*, indiferent de poziția pe care o ocupă în cadrul persoanei juridice.

În literatura de specialitate s-a arătat că nu are importanță pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice într-un asemenea caz, dacă agentul uman a comis fapta cu nesocotirea atribuțiilor sale, cu încălcarea scopului funcției încredințate, cu depășirea puterilor ce i-au fost atribuite statutar sau contractual, singura condiție fiind aceea ca săvârșirea infracțiunii să se realizeze în derularea uneia sau unora dintre activitățile enumerate în cadrul obiectului de activitate al persoanei juridice¹².

Nu ar putea atrage răspunderea penală a persoanei juridice într-un asemenea caz faptele care au doar o legătură nespecifică și ocazională cu obiectul de activitate al persoanei juridice¹³. Întrucât obiectul de activitate al persoanei juridice este guvernat de principiul specialității, este evident că în acest caz putem să extrapolăm acest principiu, delimitând, pentru fiecare caz concret în parte, cam ce categorii de infracțiuni ar putea fi comise de persoana juridică respectivă.

În ceea ce privește infracțiunile prevăzute de Legea nr. 241/2005, este evidentă că, fiind vorba în ansamblu de ideea sustragerii de la plata taxelor și impozitelor datorate bugetului de stat consolidat, oricare dintre acestea poate fi comisă în realizarea obiectului de activitate. Opinăm astfel că, în cazul infracțiunilor de evaziune fiscală în special, cerința prevăzută de teza I a alin. (1) al art. 135 C. pen. este satisfăcută.

2. Cazul comiterii faptei de către o persoană fizică în interesul persoanei juridice

Intră în această categorie toate faptele prin a căror comitere se aduce persoanei juridice un beneficiu, indiferent de natura acestuia, material sau non-material, iar când discutăm de beneficii materiale, includem în categoria acestora atât realizarea unui câștig, cât și evitarea unei pierderi.

Ca și în primul caz, agentul uman poate fi orice persoană, indiferent de poziția sa în cadrul persoanei juridice, de aceea, identificarea elementului subiectiv este destul de dificilă. Dacă fapta a fost comisă în numele persoanei juridice de chiar un reprezentant statutar, membru al unui organ de conducere al acesteia, voința sa

¹² V. Pașca, *Drept penal, partea generală*, ed. a III-a actualizată cu modificările la zi ale Codului penal, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 183.

¹³ A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, Ed. C.H. Beck, București 2010, p. 137.

este de fapt voința persoanei juridice, potrivit teoriei identificării amintite deja. Însă, dacă discutăm de comiterea faptei prin intermediul unei alte persoane, este nevoie a se demonstra, în opinia noastră, că structura decizională a persoanei juridice a urmărit, cunoscut, prevăzut sau măcar ar fi putut să prevadă în mod rezonabil comiterea faptei ori că există la nivelul decizional o politică tolerantă și pasivă față de comiterea unor asemenea fapte. Dacă fapta a fost comisă în interesul personal al agentului uman, fără nicio legătură cu interesele persoanei juridice, nu se poate angaja răspunderea penală a persoanei juridice pe temeii subiectiv. Or, în cazul infracțiunilor de evaziune fiscală, finalitatea actelor de executare comise se traduce și prin evitarea diminuării patrimoniului persoanei juridice cu sumele datorate la bugetul de stat; deci, da, acestea se comit evident în interesul persoanei juridice.

3. Cazul comiterii faptei de către o persoană fizică în numele persoanei juridice

În numele persoanei juridice nu pot acționa decât organele sale de conducere și reprezentanții săi, legali sau contractuali, care acționează în baza și în limitele puterilor conferite de persoana juridică prin încheierea unor contracte de mandat, management, etc. Actele juridice încheiate de organele de conducere sau de reprezentanții persoanei juridice sunt actele persoanei juridice înseși, deoarece voința reprezentanților persoanei juridice e de fapt voința persoanei juridice. *Putem spune că persoana juridică vorbește și acționează în plan social și juridic prin vocea și corpul reprezentanților săi umani.* Se aplică în acest caz teoria identificării, utilizată în dreptul penal francez și o bună perioadă în sistemul *common-law*.

În cazul în care fapta este comisă în numele persoanei juridice de organele de conducere ale acesteia, vinovăția acestora va fi și vinovăția persoanei juridice. Existența vinovăției și forma cerută de lege pentru aceasta vor fi stabilite pentru persoana juridică în măsura în care se vor regăsi în sarcina organului acesteia¹⁴. Credem că în practică analiza elementului subiectiv într-un asemenea caz se va transforma într-un automatism, de vreme ce, *ab initio*, nu se mai impune vreo analiză suplimentară a elementului subiectiv al persoanei juridice, ea confundându-se cu agentul uman care o reprezintă și o conduce.

Dacă însă este vorba despre o reprezentare contractuală (ex. mandat), pentru a evita pericolul alunecării spre un temeii obiectiv, este necesar a se verifica, pentru stabilirea elementului subiectiv al persoanei juridice: dacă fapta a fost comisă în limitele sau cu depășirea mandatului; dacă, fapta fiind comisă în limitele mandatului, este evident că mandatul respectiv nu ar fi putut fi obținut decât cu încuviințarea organului de conducere; dacă, fapta fiind comisă cu depășirea limitelor mandatului, structura decizională a persoanei juridice a încurajat prin pasivitate, a tolerat sau are măcar o culpă *in eligendo* în alegerea reprezentantului care să ofere în mod rezonabil indicii cu privire la cunoașterea sau măcar posibilitatea de prevedere a comiterii faptei respective. De asemenea, în acest caz trebuie verificat și dacă elementul subiectiv al persoanei juridice nu ar putea fi eliminat în totalitate, fapta fiind comisă de mandatar în interes pus personal, fără

¹⁴ A. Jurma, *op. cit.*, p. 142.

nicio legătură cu persoana juridică, chiar dacă aparent este satisfăcută cerința acțiunii în numele persoanei juridice.

Cu referire la toate cele trei cazuri expuse anterior, mai arătăm că în practică uneori ele sunt dificil de delimitat, uneori fapta fiind comisă atât în numele, cât și în interesul sau în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice și că, cu excepția cazurilor în care fapta este comisă de chiar organul de conducere al persoanei juridice, când vinovăția acestuia se identifică cu vinovăția persoanei juridice, în toate celelalte situații, indiferent că vorbim de fapte comise în numele, interesul sau realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice, stabilirea elementului subiectiv al persoanei juridice nu se poate realiza fără o analiză temeinică și complexă a structurii decizionale, a politicilor societare, deci a culturii entității colective, „vinovăția acesteia fiind determinată de măsura în care modul de organizare și funcționare a entității a determinat comiterea infracțiunii”¹⁵.

Forma de vinovăție cu care a acționat persoana juridică se stabilește prin identificarea poziției subiective a organelor persoanei juridice față de faptă și față de urmările ei¹⁶.

O persoană juridică acționează cu vinovăție sub forma intenției directe dacă structura sa decizională a prevăzut și urmărit, prin directivele sau însărcinările date, producerea rezultatului. Intenția indirectă va exista în momentul în care, deși s-au luat în cunoștință de cauză o serie de decizii, prin adoptarea acestora s-a acceptat indiferent de către organele de conducere probabilitatea comiterii faptei sau a producerii rezultatului acesteia. Cele mai simplu de demonstrat situații sunt cazurile de vinovăție sub forma culpei cu prevedere sau a culpei simple care se demonstrează prin analiza organizării activității și a politicilor de acțiune ale persoanei juridice. Constatarea unor practici tolerate de organele de conducere, a unei politici de acceptare a unor conduite umane în domeniul de activitate în care a fost comisă faptă pot constitui indicii pentru stabilirea prevederii faptei și a neacceptării rezultatului acesteia sau a posibilității și a obligației de prevedere. Politica de tolerare sau acceptare a unor anumite conduite umane în cadrul persoanei juridice ca element definitoriu pentru stabilirea formei de vinovăție cu care acționează persoana juridică poate fi înțeleasă prin raportare la teoria „*willful blindness*” – orbirea intenționată¹⁷ din sistemul *common-law*. Această teorie se aplică în cazurile în care făptuitorul este suspectat că ar fi acționat cu o anumită formă de vinovăție, deși pretinde că nu a cunoscut nimic referitor la faptă. Cu alte cuvinte, ar trebui aplicată doar la situațiile în care acuzatul a prevăzut rezultatul faptei sale, dar nu a manifestat niciun interes, pentru că nu a dorit să ia cunoștință

¹⁵ V. Pașca, *Modificările Codului penal (Legea nr. 278/2006). Comentarii și explicații*, Ed. Hamangiu, București, 2007, pp. 25-26.

¹⁶ D.M. Costin, *Răspunderea penală a persoanei juridice în dreptul penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 374.

¹⁷ A se vedea: Th.A. Hagemann, J. Grinstein, *The Mythology of Aggregate Corporate Knowledge:*

A Deconstruction, în 65 *George Washington Law Review*, 1996, p. 210; A. Ragozino, *Note, Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach*, în 24 *Southwestern University Law Review*, 1995, p. 423.

de acesta, ca nu cumva acel fapt să se confirme și astfel să nu mai poată nega că ar fi avut cunoștință de el¹⁸.

IV. Practica instanțelor de judecată în ceea ce privește angajarea răspunderii penale a persoanei juridice pentru fapte de evaziune fiscală

Analiza practicii judiciare în materia infracțiunilor prevăzute de Legea nr. 241/2005 a relevat un aspect îngrijorător: organele judiciare sunt reticente în a inculpa persoana juridică, deși faptele comise îndeplineau cerințele prevăzute de art. 135, precum și de textul de incriminare prevăzut de legea specială.

Analizând datele statistice oficiale oferite de Ministerul Public în ultimii doi ani, observăm o creștere a numărului de dosare având ca obiect evaziunea fiscală, fapt ce se traduce, pe de o parte, în eficiența acțiunilor întreprinse de organele judiciare, iar pe de altă parte, în creșterea dimensiunilor fenomenului evaziunii fiscale la nivel național.

Astfel, în anul 2013, parchetele au întocmit 1.539 de rechizitorii în cauze privind infracțiuni de evaziune fiscală, ceea ce reprezintă o pondere de 3,3% din totalul dosarelor soluționate. Au fost trimiși în judecată 65.711 de inculpați persoane fizice (dintre care 2.042 de inculpați pentru infracțiunile de evaziune fiscală) și 187 de inculpați persoane juridice (dintre care 120 pentru evaziune fiscală)¹⁹.

În anul 2014, din totalul trimerilor în judecată, un număr de 1.279 au fost dispuse în cauze privind infracțiuni de evaziune fiscală ceea ce reprezintă o pondere de 3,5% din totalul dosarelor soluționate. Au fost trimiși în judecată 50.342 de inculpați persoane fizice (dintre care 1.803 de inculpați pentru infracțiunile de evaziune fiscală) și 358 de inculpați persoane juridice (nefiind evidențiat numărul persoanelor juridice pentru evaziune fiscală).

În anul 2014, la nivelul Ministerului Public, au fost soluționate 17.943 de cauze având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală, dintre care 1.252 de rechizitorii și 27 de acorduri de recunoaștere a vinovăției, prin care au fost sesizate instanțele cu privire la 1.967 de inculpați, dintre care *164 de persoane juridice*. Parchetele nespecializate au soluționat 17.755 de cauze, dintre care 1.199 de rechizitorii și 27 de acorduri de recunoaștere a vinovăției, privind 1.557 de inculpați persoane fizice și 88 de persoane juridice²⁰.

Marea majoritate a faptelor au fost comise de către administratorul societății, asociatul unic sau persoana mandatată de reprezentantul legal al persoanei juridice.

În unele cazuri agentul uman care a comis fapta a fost *administratorul de fapt*, după cum vom vedea în analiza practicii judiciare care urmează.

¹⁸ R. Charlow, *Willful Ignorance and Criminal Culpability*, în 70 *Texas Law Review*, 1992, p. 1351.

¹⁹ <http://www.mpublic.ro/presa/2014/bilant2013.pdf>.

²⁰ http://www.mpublic.ro/presa/2015/raport_activitate_2014.pdf

Astfel, printr-o decizie de speță Instanța supremă a arătat că infracțiunea de evaziune fiscală prevăzută în art. 9 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 241/2005, constând în evidențierea, în actele contabile sau în alte documente legale, a cheltuielilor care nu au la bază operațiuni reale ori evidențierea altor operațiuni fictive, în scopul sustragerii de la îndeplinirea obligațiilor fiscale, săvârșită în cadrul unei societăți, *poate avea ca subiect activ administratorul de fapt al societății, iar nu numai administratorul de drept al societății*, întrucât legea nu prevede calitatea subiectului activ și nu condiționează existența infracțiunii de săvârșirea faptei de către o persoană care are o anumită calitate, cum este cea de administrator de drept al societății.

În fapt, inculpatul O.M. a fost trimis în judecată și condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de evaziune fiscală prevăzută în art. 9 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 241/2005, constând în aceea că, în calitate de asociat unic și administrator al societății comerciale L., în baza unei rezoluții infracționale unice, în perioada februarie 2008 - martie 2009, a înregistrat în evidența contabilă a societății operațiuni comerciale nereale, prejudiciind bugetul de stat cu suma de 1.373.352 lei. Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că, spre deosebire de infracțiunile prevăzute în art. 3 și 8 din Legea nr. 241/2005 unde legiuitorul vorbește despre fapta *contribuabilului* – prin urmare, avem subiect activ calificat – la celelalte infracțiuni, inclusiv cea prevăzută în art. 9 alin. (1) lit. c) și alin. (2), legiuitorul nu mai arată cine ar trebui să fie autorul faptei.

În aceste condiții, subiect activ al infracțiunii poate fi orice persoană fizică sau juridică care acționează în numele sau în interesul contribuabilului ori în realizarea obiectului de activitate al acestuia. Prin urmare, subiect activ poate fi administratorul de drept al societății, precum și administratorul de fapt sau orice altă persoană din cadrul societății – director, contabil, vânzător – în măsura în care prin acțiunile și/sau inacțiunile lor urmăresc ca societatea să se sustragă de la plata taxelor și impozitelor datorate.

Legea nu condiționează această infracțiune de existența unei împuterniciri exprese a unei persoane cu atribuții de organizare și ținere a evidenței contabile care să aibă calitatea de administrator sau o obligație legală ori contractuală de gestionare a activității societății, dacă din probele administrate rezultă că, în fapt, făptuitorul exercită conducerea activității contabile a societății²¹.

Într-o altă speță, inculpatul C.F., în calitate de *administrator în fapt* al SC X. SRL Răchiți, a comis infracțiunea de evaziune fiscală prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 241/2005 întrucât, în baza unei procuri speciale date de administratorul de drept al societății SC X SRL Răchiți a dispus în repetate rânduri și în baza aceleiași rezoluțiuni infracționale înregistrarea în contabilitatea societății a unor operațiuni comerciale fictive cu două societăți comerciale, precum și mai multe persoane fizice – producători agricoli, referitoare la achiziționarea unor mărfuri în valoare totală de 4.175.592,61 lei, folosind facturi fiscale false. Pentru aceste fapte inculpatul C.F. a fost condamnat penal, nu și persoana juridică în reprezentarea căreia a acționat²².

²¹ ÎCCJ, S. pen., dec. nr. 272 din 28 ianuarie 2013 – www.scj.ro.

²² Trib. Botoșani, sent. pen. nr. 1 din 17 ianuarie 2014 – www.legeaz.net.

Un alt inculpat (B.I.M.) a fost achitat de Instanța Supremă pentru săvârșirea infracțiunii de evaziune fiscală prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 241/2005 în baza principiului *in dubio pro reo*, constatând că există un dubiu puternic și arătând că nu se poate stabili cu certitudine cine a întocmit facturile, chitanțele și contractele aflate la dosarul de urmărire penală, cu atât mai mult cu cât o parte din operațiunile comerciale ce nu au fost înregistrate în evidența contabilă a SC O.P. ar fi avut loc înainte ca inculpatul B. să preia în mod legal părțile sociale, iar o parte dintre documente au fost semnate de către persoane ce nu mai aveau calitatea de administratori ai acestei societăți. În fapt inculpatul B.I.M., în cursul anului 2009, în calitate de administrator al SC O.P. SRL, a încheiat două contracte de leasing financiar pentru o stație de betoane și trei utilaje folosite în domeniul construcțiilor, două buldo excavatoare și un încărcător frontal, fără să mai achite ratele la termenele scadente și refuzând sistematic să predea bunurile sus-amintite. Dar nu faptul achitării inculpatului persoană fizică este chestiunea controversată în această speță, ci faptul că persoanele juridice implicate în întreaga operațiune financiară care a inclus falsuri, declarații nereale, precum și neînregistrarea unor operațiuni financiare, *nu au fost trimise în judecată pentru comiterea aceluiași infracțiuni*. În opinia noastră era evident că cerințele art. 135 C. pen. fuseseră satisfăcute, faptele fiind comise atât în numele, cât și în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice²³.

Într-o altă speță instanța a apreciat că fapta inculpatului U.C., asociat și administrator la SC V.R. SRL, care nu a înregistrat trei facturi (din 31 iulie 2008, pentru suma de 202.109 RON, din 17 octombrie 2008, pentru suma de 91.791,84 RON, respectiv factura din 20 octombrie 2008, toate privind relațiile comerciale derulate cu SC B.I. SRL) în evidența contabilă a societății, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de evaziune fiscală prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 241/2005. Inculpatul a fost administrator de drept până în octombrie 2008 și administrator de fapt după această dată, comportându-se ca atare în relațiile cu terții și desfășurând din punct de vedere faptic atribuții de administrare concretă a SC V.R., astfel că, în acord cu Parchetul, instanța a apreciat că cesiunea părților sociale a fost una fictivă. Din nou, persoana juridică nu a fost condamnată²⁴.

Într-o situație similară, instanța a constatat că fapta inculpatei V.A.N., care în calitate de administrator al SC C.C. SRL Bordușani, în baza aceleiași rezoluții infracționale, în perioada 14 septembrie 2007 - 31 decembrie 2007, nu a înregistrat în evidența contabilă un număr de 29 facturi fiscale reale de aprovizionare cu materiale de construcții de la un număr de 5 furnizori de profil, ocazie cu care s-a sustras de la plata către bugetul statului a sumei de 4.079 RON reprezentând impozit pe venituri din vânzare marfă și 3.875 RON TVA de plată, constituie infracțiunea de evaziune fiscală prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 241/2005 cu aplicarea art. 41 alin. (2) C. pen. Fapta aceleiași inculpate, care în baza aceleiași rezoluții infracționale, în perioada 1 ianuarie 2009 - 31 decembrie 2011, a dispus înregistrarea în evidența contabilă a SC C.C. SRL a unui număr de 22 de facturi fiscale reprezentând cheltuieli fictive și având drept consecință

²³ ÎCCJ, S. pen., dec. nr. 145 din 28 ianuarie 2015 – www.scj.ro.

²⁴ ÎCCJ, S. pen., dec. nr. 3105 din 5 decembrie 2014 – www.scj.ro.

sustragerea de la plata către bugetul de stat a sumei de 44.157 RON, din care 9.780 RON reprezintă impozit pe profit și 34.377 RON reprezentând TVA de plată, constituie infracțiunea de evaziune fiscală prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 241/2005 săvârșită în formă continuată. Întrucât activitatea infracțională a inculpatei s-a materializat în considerarea calității ei de asociat unic și administrator al SC C.C. SRL, această societate dobândind calitatea de parte responsabilă civilmente, răspunderea sa fiind solidară cu cea a inculpatei. Deci persoana juridică nu a fost inculpată în dosar, instanța mărginindu-se în a o obliga doar la repararea în solidar a prejudiciul produs în calitate de parte responsabilă civilmente²⁵.

Tot pentru fapta prevăzută de art. 9 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 241/2005, un alt inculpat a fost trimis în judecată și condamnat întrucât, în calitate de administrator al SC D.C. SRL, nu a înregistrat în evidența contabilă a societății în perioada 1 ianuarie 2009 - 30 iunie 2009 vânzarea unei cantități de mărfuri în valoare de 57.393 lei și prin această modalitate s-a sustras de la plata unui impozit pe profit în cuantum de 1.449 lei și a unui TVA în valoare de 9.163 lei, suma totală cu care a prejudiciat bugetul consolidat al statului fiind de 10.612 lei, din care a achitat o parte²⁶.

În fine, prima condamnare a unei persoane juridice pronunțate de instanța română a avut loc în anul 2009. Persoana juridică SC A.D.M. SRL a fost condamnată la pedeapsa amenzii pentru comiterea infracțiunii prevăzute de art. 6 din Legea nr. 241/2005 (text de incriminare declarat în prezent neconstituțional) arătându-se că, în perioada 24 aprilie 2008 - 30 iunie 2008, inculpatul D.M.G., în calitate de administrator al SC A.D.M. SRL Buzău, a emis în favoarea unor societăți comerciale din Buzău și din alte localități din țară mai multe fișe de CEC și B.O. fără a avea disponibil necesar în cont. Astfel, în considerentele hotărârii primei instanțe s-a reținut că inculpatul a înșelat un număr de 14 societăți comerciale furnizoare²⁷.

O altă condamnare a unei persoane juridice a intervenit în anul 2014 pentru comiterea infracțiunii de evaziune fiscală prevăzute de art. 9 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 241/2005. Organele judiciare au constatat că persoana juridică SC G.C. SRL Brașov a avut ca obiect principal de activitate „jocuri de noroc și pariuri” și a desfășurat activități de exploatare a 50 de aparate videoelectronice de tip *slot-machine* din care trei aparate video electronice cu câștiguri în bani, de tip *slot-machine*, erau deținute și exploatare fără licență și autorizații. Astfel, s-a produs la bugetul de stat un prejudiciu în sumă de 31.000 lei, constând în neplata taxei pentru licență și a taxelor pentru autorizațiile de exploatare aferente celor 3 aparate video electronice. Administratorul statutar l-a împuternicit pe inculpatul P.C., printr-o procură specială și autentică, să administreze cu puteri depline SC G.C. SRL, situația lipsei autorizațiilor și licențelor fiind cunoscută și de persoana împuternicită.

²⁵ ÎCCJ, S. pen., dec. nr. 2719 din 30 septembrie 2014 – www.scj.ro.

²⁶ C. Ap. Ploiești, S. pen. și pentru cauze cu minori și de familie, sent. pen. nr. 54 din 23 martie 2012 – www.portal.just.ro.

²⁷ Trib. Buzău, sent. pen. nr. 123 din 14 iulie 2009 pronunțată în dosarul nr. 335/114/2009, rămasă definitivă prin dec. nr. 1079 din 22 martie 2010 (dos. nr. 335/114/2009) – www.scj.ro.

Instanța a mai apreciat că fapta a fost comisă cu vinovăție (în forma intenției directe) de către persoana juridică SC G.C. SRL – prin administratorul împuternicit P.C.²⁸

Dacă elementul material al infracțiunii comise de persoana juridică presupune o cenzură în baza art. 135 C. pen. – fapta să fie comisă în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele persoanei juridice – elementul subiectiv va fi stabilit în mod diferit, după cum este vorba de fapte comise de organele de conducere ale persoanei juridice – teoria identificării – sau de fapte comise de alte persoane, caz în care se verifică dacă a existat o deficiență în organizarea activității persoanei juridice, în alegerea reprezentantului contractual sau a unei politici de tolerare a actelor care au determinat încadrarea juridică a faptei.

Numărul cazurilor de inculpare a persoanei juridice este în creștere, chiar dacă discutăm de o creștere extrem de lentă. Însă, raportat la datele statistice prezentate în cuprinsul studiului, ponderea inculpărilor persoanelor juridice (inculpări, iar nu condamnări) este aproape insesizabilă. În anul 2014, așa cum am arătat, ponderea soluționării dosarelor de evaziune fiscală cu inculpați persoane juridice este extrem de mică (1.557 de inculpați persoane fizice și 88 de persoane juridice, adică 1,13%!!!!).

Din lecturarea atât a hotărârilor instanțelor, cât și a ordonanțelor sau a rechizitoriilor întocmite de procurori observăm o anumită dificultate în motivarea prezenței elementului subiectiv, organele judiciare fiind preocupate în special de stabilirea elementului material al infracțiunii și a imputabilității materiale a faptei și mai puțin aplecându-se către o analiză distinctă a vinovăției persoanei juridice, care ar facilita creșterea numărului de dosare soluționate având ca obiect infracțiuni de evaziune fiscală comise de persoane juridice. Se preferă varianta cea mai comodă, în care persoana juridică stă în proces în calitate de parte responsabilă civilmente, datorită scopului final urmărit al organelor judiciare, acela al recuperării prejudiciului cauzat prin comiterea acestor fapte. Avem speranța că, în viitor, organele judiciare vor prinde mai mult curaj în motivările pe linia îndeplinirii condițiilor prevăzute de art. 135 C. pen. și în ceea ce privește latura subiectivă a faptelor comise de persoanele juridice, fapt care se va reflecta cu siguranță asupra numărului condamnărilor.

²⁸ Trib. Bacău, sent. pen. nr. 587 din 22 decembrie 2014 – www.legeaz.net.

8.

Stingerea obligațiilor fiscale prin darea în plată

Lect. univ. dr. Alin A. TRĂILESCU
Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept

Abstract

This paper attempts to analyze the “datio in solutum” principle as a reliable method of discharging tax obligations, as per the Romanian Rules of Fiscal Procedure endorsed under the Government Ordinance no. 92/2003, as well as in compliance with the Romanian Rules of Fiscal Procedure adopted under the Law no. 207/2015 effective as of January 1st 2016, by outlining the latest measures the new rules of fiscal procedure is to implement in respect to this legal concept.

Therefore, in view of managing tax debts, the author attempted to emphasize the administrative procedure of discharging tax obligations under the “datio in solutum” principle as well as the legal consequences brought about by giving in payment, by correlating thereof with the provisions set out by the Romanian Civil Code which complements the Rules of Fiscal Procedures, except for the cases when special and derogatory provisions are envisaged by the latter.

Keywords: tax obligations, datio in solutum, “datio in solutum” procedure, legal effects of datio in solutum

Rezumat

Studiul de față are ca obiect de analiză darea în plată ca modalitate de stingere a obligațiilor fiscale, potrivit Codului de procedură fiscală aprobat prin O.G. nr. 92/2003, precum și Codului de procedură fiscală aprobat prin Legea nr. 207/2015, care a intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 2016, fiind evidențiate noutățile pe care noua reglementare le aduce acestei instituții juridice.

În acest sens, autorul a evidențiat procedura administrativă de stingere a obligațiilor fiscale prin darea în plată, precum și consecințele juridice pe care le produce darea în plată din perspectiva administrării creanțelor fiscale, făcând corelațiile necesare cu prevederile Codului civil, care

completează Codul de procedură fiscală, în măsura în care acest act normativ nu conține dispoziții speciale și derogatorii.

Cuvinte-cheie: *obligații fiscale, darea în plată, procedura dării în plată, efectele juridice ale dării în plată*

1. Introducere privind definiția și sediul legal al dării în plată

Instituția dării în plată este reglementată, în materie fiscală, de art. 175 C. pr. fisc., aprobat prin O.G. nr. 92/2003, iar noul Cod de procedură fiscală, aprobat prin Legea

nr. 207/2015, reglementează această instituție juridică în art. 263, ambele acte normative prezentând darea în plată ca fiind o modalitate de colectare a obligațiilor fiscale, care are ca efect stingerea acestora.

Prevederile art. 175 din Codul anterior sunt puse în aplicare și detaliate prin H.G.

nr. 1050/2004 (privind Normele metodologice de aplicare a Codului de procedură fiscală), prin H.G. nr. 682/2001 (privind aprobarea Normelor metodologice pentru trecerea în proprietatea publică a statului a unor bunuri imobile ale debitorilor persoane juridice, supuse executării silite¹), precum și prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007 (pentru aprobarea Procedurii privind stingerea creanțelor reprezentând impozite, taxe și alte venituri datorate bugetului de stat și/sau a creanțelor reprezentând contribuții sociale administrate de Ministerul Economiei și Finanțelor prin trecerea în proprietatea publică a statului a unor bunuri imobile proprietate a debitorilor²).

În doctrină³, darea în plată a fost definită, prin raportare la obligațiile civile, ca reprezentând „acel contract și, totodată, mijloc de stingere a obligațiilor care constă în acceptarea de către creditor, la propunerea debitorului, de a primi o altă prestație în locul celei pe care debitorul era obligat inițial să o execute”.

În materie fiscală, Ordinul nr. 486/2007 al ministrului finanțelor publice prevede (la pct. 2 din Anexa 1 la acest act normativ) că darea în plată constă în „cedarea de către debitorul persoană juridică, în schimbul obligațiilor sale restante față de creditorul fiscal, a unui bun imobil, care trece din proprietatea sa în proprietatea publică a statului ca urmare a unei solicitări de preluare în administrare”.

La rândul său, art. 175 alin. (1) din Codul anterior, aprobat prin O.G. nr. 92/2003, prevedea că darea în plată se poate face numai cu consimțământul organului fiscal creditor, acesta neputând fi obligat să primească din partea debitorului (persoană fizică⁴ sau juridică) o altă prestație decât suma pe care acesta din urmă o datorează la buget.

¹ Publicată în M. Of. nr. 440 din 6 august 2001.

² Publicat în M. Of. nr. 420 din 22 iunie 2007, modificat și completat succesiv, ultima dată prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 20/2010.

³ A se vedea I.-F. Popa, *Stingerea obligațiilor*, în „Tratat elementar de drept civil. Obligațiile”, de L. Pop, I.-F. Popa, S.-I. Vidu, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 740.

⁴ Constatăm, deci, că potrivit Codului de procedură fiscală, pot solicita stingerea obligațiilor fiscale prin darea în plată nu doar persoanele juridice, ci și persoanele fizice, acest act normativ nefăcând nicio distincție sub acest aspect. Așa fiind, este nelegală prevederea de la pct. 2 din Anexa

În concret, acest text legal prevedea că „Creanțele fiscale administrate de Ministerul Finanțelor Publice prin Agenția Națională de Administrare Fiscală, cu excepția celor cu reținere la sursă și a accesoriilor aferente acestora, precum și creanțele bugetelor locale pot fi stinse, la cererea debitorului, oricând, cu acordul creditorului fiscal, prin trecerea în proprietatea publică a statului sau, după caz, a unității administrativ-teritoriale a bunurilor imobile, inclusiv a celor supuse executării silite”.

În mod asemănător prevede și art. 263 alin. (1) din noul Cod, care are următorul conținut: „Creanțele fiscale administrate de organul fiscal central, cu excepția celor cu reținere la sursă și a accesoriilor aferente acestora, a drepturilor vamale și a altor creanțe transmise spre colectare organului fiscal central, precum și creanțele fiscale administrate de organul fiscal local pot fi stinse, la cererea debitorului, oricând, cu acordul creditorului fiscal, prin trecerea în proprietatea publică a statului sau, după caz, a unității administrativ-teritoriale a bunurilor imobile reprezentând construcție și teren aferent, precum și terenuri fără construcții, după caz, chiar dacă acestea sunt supuse executării silite de către organul fiscal competent, potrivit prezentului cod”. Astfel, spre deosebire de reglementarea anterioară, noul Cod prevede că nu se pot stinge prin dare în plată creanțele vamale și creanțele bugetare transmise spre colectare organului fiscal central.

2. Procedura dării în plată

În materie fiscală, instituția dării în plată operează dacă sunt îndeplinite următoarele condiții care reies din actele normative mai sus menționate, astfel:

- Să existe obligații fiscale scadente ale contribuabililor (debitori persoane fizice sau juridice) constând în sume datorate bugetului de stat sau bugetului local, cu excepția celor cu reținere la sursă și accesoriile pe care acestea le generează.

- Debitorul sau după caz, garantul⁵ acestuia să adreseze organului fiscal o cerere⁶ (însoțită de o documentație⁷) prin care să ofere, în schimbul datoriei fiscale,

1 a Ordinului nr. 486/2007 al ministrului finanțelor publice care restrânge sfera aplicării acestei instituții juridice numai la debitorul persoană juridică.

⁵ Astfel, art. 175 alin. (1²) din Codul anterior prevedea că „Dispozițiile alin. (1) [al art. 175 – n.n.] sunt aplicabile și persoanelor care devin debitori potrivit art. 25 alin. (2) lit. d) [adică persoanelor care își asumă obligația de plată a debitorului cu asigurarea unei garanții reale la nivelul obligației de plată – n.n.]”. Precizăm că acest text legal are corespondent în art. 263 alin. (3) din noul Cod.

⁶ Modelul acestei cereri este cuprins în Anexa 2 la Ordinul nr. 486/2007. De asemenea, acest act normativ prevede, la pct. 5 din Anexa 1, că debitorul poate depune cererea în scris la organul fiscal competent, începând cu ziua imediat următoare scadenței, inclusiv în perioada în care s-a început executarea silită asupra bunurilor imobile pentru care se solicită darea în plată. Cererea astfel depusă trebuie să conțină elementele prevăzute de pct. 6 din Anexa 1 la Ordinul nr. 486/2007 și de pct. 163.1 din H.G. nr. 1050/2004, și anume: denumirea și sediul (sau domiciliul) debitorului; codul de identificare fiscală, precum și alte date de identificare a debitorului; structura capitalului social, a asociațiilor ori a acționaritatului, după caz; volumul și natura creanțelor fiscale, pe bugete, din care, pe debite principale și accesorii; mențiunea că în volumul acestor creanțe nu sunt cuprinse și creanțe cu reținere la sursă și accesoriile aferente acestora; titlurile executorii în temeiul cărora sunt urmărite prin executare silită bunurile imobile care fac obiectul cererii, dacă este cazul; mențiunea debitorului referitoare la taxarea sau scutirea cu/de TVA a operațiunii de transfer al proprietății bunului imobil prin dare în plată; bunurile imobile supuse executării silite, dacă este cazul; bunurile pentru care se solicită trecerea în

unul sau mai multe imobile, terenuri ori construcții, proprietatea sa.

Subliniem că, așa cum rezultă din art. 175 alin. (1) din Codul anterior și art. 263

alin. (1) din noul Cod, debitorul trebuie să ofere dreptul de proprietate asupra imobilului, neputându-se accepta în schimbul datoriei sale un alt drept real⁸, cum ar fi cel de uzufruct sau de uz. De asemenea, imobilul trebuie să fie liber de sarcini sau alte drepturi reale, neputându-se afla în procedura de restituire/retrocedare sau a altor litigii⁹. Totodată, pentru a face obiectul dării în plată, imobilul nu trebuie să constituie aport în cadrul unei asocieri în participațiune, aport la capitalul social

proprietatea publică a statului, denumirea, datele de identificare a acestora, precum și o scurtă descriere; mențiunea cu privire la actele doveditoare ale dreptului de proprietate asupra bunurilor imobile respective; mențiunea debitorului că bunurile imobile nu sunt grevate de drepturi reale și de alte sarcini și că nu fac obiectul unor cereri privind retrocedarea proprietății și a altor litigii cu precizarea documentelor doveditoare; valoarea de inventar a bunurilor imobile supuse executării silitite, evidențiată în contabilitate, reevaluată în conformitate cu reglementările legale în vigoare; acordul expres al debitorului privind prețul de evaluare al bunurilor imobile, stabilit prin servicii prestate de organe sau de persoane specializate; acceptul debitorului cu privire la compensarea diferenței, potrivit legii, în cazul în care valoarea bunului imobil este mai mare decât creanța fiscală pentru care s-a pornit executarea silită; semnătura reprezentantului legal al debitorului persoană juridică, precum și ștampila acestuia; mențiunea debitorului că bunurile imobile nu sunt aduse ca aport în cadrul unei asocieri în participațiune, aport la capitalul social al unei societăți comerciale și/sau nu sunt închiriate, concesionate, arendate; mențiunea debitorului că pe numele său nu există cereri sau nu a fost deschisă procedura insolvenței.

⁷ Astfel, potrivit pct. 7 din Anexa 1 la Ordinul nr. 486/2007 și pct. 163.2 din H.G. nr. 1050/2004, la cererea de dare în plată se anexează următoarele documente: copii legalizate de pe actele care atestă dreptul de proprietate al debitorului asupra bunurilor imobile pentru care acesta solicită trecerea în proprietatea publică a statului; extras de carte funciară, în original, emis la data depunerii cererii, din care să rezulte că bunul imobil nu este grevat de drepturi reale și de alte sarcini; raportul de evaluare întocmit de un expert privind bunurile imobile care fac obiectul dării în plată; documentul emis de instituțiile abilitate și declarație pe propria răspundere din care să rezulte că bunurile imobile nu fac obiectul unor cereri privind retrocedarea proprietății sau al altor litigii; copii de pe fișa mijlocului fix și de pe balanța analitică a mijloacelor fixe; certificat constatator eliberat de oficiul registrului comerțului, din care să rezulte că pe numele debitorului nu sunt înscrise mențiuni cu privire la declararea stării de insolvență; acordul Ministerului Muncii ori Ministerului Sănătății, după caz, referitor la stingerea prin dare în plată a contribuțiilor sociale care se fac venit la bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetul asigurărilor pentru șomaj, bugetul asigurărilor pentru accidente de muncă și boli profesionale ori bugetul Fondului național unic de asigurări sociale de sănătate, după caz; alte acte necesare, potrivit legii, în susținerea cererii; declarație pe propria răspundere din care să rezulte că bunurile imobile nu sunt aduse ca aport în cadrul unei asocieri în participațiune, aport la capitalul social al unei societăți comerciale și/sau nu sunt închiriate ori concesionate, închiriate, arendate; declarație pe propria răspundere din care să rezulte că pe numele debitorului nu există cereri sau nu a fost deschisă procedura insolvenței; declarație pe propria răspundere, potrivit căreia bunurile imobile nu sunt grevate de drepturi reale și de alte sarcini și că nu fac obiectul unor cereri privind retrocedarea proprietății; declarație pe propria răspundere din care să rezulte că la data depunerii cererii bunurile imobile care fac obiectul solicitării de dare în plată sunt proprietate a debitorului.

⁸ Observăm, astfel, că reglementările fiscale privind darea în plată derogă de la prevederile art. 1492

C. civ. denumit „Darea în plată”, care recunoaște posibilitatea debitorului de a oferi în schimbul datoriei și transferul unui alt drept, decât dreptul de proprietate.

⁹ A se vedea, în acest sens, pct. 163.1 lit. h) și pct. 163.2 lit. b) și c) din H.G. nr. 1050/2004, precum și mențiunile din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007.

al unei societăți comerciale, să nu fie închiriat, iar pe numele debitorului să nu existe cereri de deschidere a procedurii insolvenței¹⁰.

- Să existe o echivalență valorică între datoriile fiscale ale debitorului și imobilul pe care acesta îl oferă la schimb, care se stabilește de către organul fiscal prin experți evaluatori proprii sau independenți, stingerea creanțelor fiscale făcându-se la valoarea cea mai mică dintre valoarea stabilită prin evaluare și valoarea de inventar evidențiată în contabilitatea persoanei juridice debitoare¹¹.

Dacă organul fiscal acceptă să primească un imobil a cărui valoare este mai mică decât cuantumul datoriei fiscale (ceea ce este puțin probabil să se întâmple) atunci diferența se stinge, potrivit pct. 29 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007, prin aplicarea celorlalte modalități de stingere a obligațiilor fiscale, inclusiv pe calea executării silite a debitorului¹².

În schimb, dacă imobilul oferit de debitor are o valoare superioară față de obligațiile fiscale ale acestuia, organul fiscal nu va restitui debitorului diferență de valoare, ci o va compensa cu alte datorii fiscale ale acestuia¹³. În cazul în care debitorul nu are datorii fiscale, acesta este îndreptățit să i se restituie diferența de valoare, întrucât organul fiscal nu poate compensa această diferență cu obligațiile fiscale viitoare ale debitorului¹⁴.

- Organul fiscal să fie de acord cu cererea de dare în plată a debitorului pe care, în prealabil, o analizează, întocmind referatul de oportunitate¹⁵.

- Existența unei solicitări¹⁶ din partea uneia sau mai multor instituții publice pentru preluare în administrare a imobilelor care fac obiectul cererii de trecere în proprietatea publică a statului sau unităților administrativ-teritoriale.

¹⁰ A se vedea Anexa 2 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007.

¹¹ În acest sens sunt dispozițiile pct. 25-26 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007, precum și mențiunile din Anexa nr. 2 la acest act normativ.

¹² În materia obligațiilor civile, s-a arătat că dacă creditorul primește un imobil a cărui valoare este mai mică decât obligațiile fiscale ale debitorului, acesta din urmă este obligat să plătească o sultă pentru că, altfel, operația ar putea fi considerată o liberalitate, adică o iertare parțială de datorie (I.-F. Popa, *Stingerea obligațiilor civile, op. cit.*, p. 741).

¹³ A se vedea, în acest sens, mențiunile din Anexa 2 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007.

¹⁴ A se vedea D. Dascălu, C. Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*, Ed. Rosetti, București, 2005, pp. 366-367.

¹⁵ Referatul de oportunitate se referă la: eficiența preluării bunului imobil, determinată prin compararea creanțelor fiscale stinse, la care se adaugă și cheltuielile de transformare și amenajare, cu cheltuielile necesare unei noi construcții sau achiziții ori cu cele aferente plății de chirii, precum și sursa de acoperire suplimentară prevăzută pentru amenajarea spațiului, astfel cum au fost menționate de către instituția publică solicitantă [a se vedea pct. 10 lit. c) din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007].

¹⁶ Astfel, art. 175 alin. (3) din Codul anterior prevedea, similar art. 263 alin. (6) din noul Cod, că cererea debitorului de dare în plată se analizează numai în condițiile existenței unor solicitări de preluare în administrare a imobilelor oferite de debitor pentru eliberarea sa de datorii. În același sens, Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007 prevede că solicitarea privind preluarea în administrare a imobilului trebuie avizată de ordonatorul principal de credite sau, în cazul în care solicitantul bunurilor imobile este Agenția Națională de Administrare Fiscală sau o unitate fiscală teritorială subordonată acesteia, de președintele Agenției Naționale de Administrare Fiscală. În cazul în care solicitantul preluării în administrare a bunurilor imobile este un consiliu local, solicitarea va fi avizată de Ministerul Administrației și Internelor [a se vedea pct. 8 alin. (2) lit. b) din Anexa 1 la acest

Instituția publică solicitantă a dreptului de administrare trebuie să întocmească un referat prin care să justifice, așa cum rezultă din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007, necesitatea obținerii în administrare a imobilelor care fac obiectul cererii debitorilor (avându-se în vedere chiria lunară plătită pentru imobilul în care instituția publică funcționează; compararea cheltuielilor cu plata chiriei față de cheltuielile cu amenajarea - refuncționalizarea imobilului pe care îl solicită în administrare, perioada de amortizare a acestora, dotarea imobilului cu o serie de utilități sau amplasarea acestuia, care contribuie la o mai bună desfășurare a activității etc.) și sursele din care se vor acoperi cheltuielile necesare pentru transformarea/amenajarea¹⁷ bunurilor, precum și modul de asigurare a acestora.

- Emiterea deciziei de aprobare a cererii de dare în plată de către Comisia special constituită prin ordin al ministrului finanțelor publice (în cazul creanțelor administrate de Agenția Națională de Administrare Fiscală) sau, după caz, prin act administrativ emis de autoritățile administrației publice locale (pentru creanțele fiscale ale unităților administrativ-teritoriale).

Astfel, dacă organul fiscal este de acord cu cererea debitorului de dare în plată, o va transmite acestei Comisii împreună cu propunerea de stingere a obligației fiscale¹⁸, însoțită de referatul de oportunitate¹⁹.

Primind documentația organului fiscal, Comisia hotărăște, prin decizie, asupra modului de soluționare a cererii de dare în plată, după analizarea oportunității stingerii datoriilor fiscale prin trecerea unor imobile în proprietatea publică a statului sau, după caz, a unităților administrativ-teritoriale. În plus față de reglementarea anterioară, art. 263 alin. (6) din noul Cod condiționează soluționarea cererii de dare în plată de efectuarea prealabilă a inspecției fiscale asupra activității debitorului.

Comisia va respinge cererea de dare în plată dacă imobilul oferit de contribuabil nu servește uzului sau interesului public sau dacă nicio instituție publică nu-și manifestă intenția de a prelua imobilul în administrare.

În schimb, dacă apreciază oportună cererea de dare în plată, Comisia va dispune, prin decizie, ca organul fiscal competent să încheie procesul-verbal²⁰ de

act normativ]. În sfârșit, în jurisprudență s-a reținut că organele fiscale nu au obligația de a găsi solicitanți pentru luarea în administrare a imobilelor oferite de debitori pentru liberarea lor de datorii (a se vedea ÎCCJ, S. cont. adm. și fisc., Dec. nr. 861/2006, disponibilă pe site-ul www.scj.ro).

¹⁷ Precizăm că în cazul bunurilor imobile care au încorporate în structură bunuri mobile sau dotări specifice activității, a căror valoare nu este cuprinsă în valoarea acestor bunuri imobile, cheltuielile cu lucrările privind dezafectarea, dezmembrarea, înlăturarea acestora ori altele asemenea, după caz, sunt suportate de către debitor (a se vedea, în acest sens, pct. 34 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007).

¹⁸ Astfel, art. 175 alin. (2) din Codul anterior prevedea că „(...) organul fiscal transmite cererea, însoțită de propunerile sale, comisiei numite prin ordin al ministrului finanțelor publice sau, după caz, prin act administrativ emis în condițiile legii de către autoritățile administrației publice locale. În aceleași condiții se stabilește și documentația care însoțește cererea”. În mod asemănător prevede și art. 263 alin. (5) din noul Cod, potrivit căruia, în cazul creanțelor fiscale locale, comisia se numește „prin hotărâre a autorității deliberative”, adică a consiliilor locale sau, după caz, județene.

¹⁹ În acest sens, a se vedea pct. 12 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007.

trecere a imobilului în proprietatea publică²¹ a statului sau, după caz, a unității administrativ-teritoriale – care constituie titlul de proprietate²² al acestora – datoriile debitorului fiind stinse, potrivit art. 175 alin. (1)²³ C. pr. fisc., aprobat prin O.G. nr. 92/2003, de la data emiterii de către Comisie a acestei decizii. În mod diferit, art. 263 alin. (2) din noul Cod prevede că „În cazul creanțelor fiscale stinse prin dare în plată, data stingerii este data procesului-verbal de trecere în proprietatea publică a bunului imobil”, acest proces-verbal fiind emis de organul fiscal pe baza deciziei comisiei de aprobare a cererii de dare în plată.

Comisia de specialitate are însă dreptul, potrivit art. 175 alin. (9)²⁴ din Codul anterior și art. 263 alin. (13) din noul Cod, să-și revoce această decizie dacă descoperă aspecte privind bunurile imobile care, dacă ar fi fost cunoscute, ar fi determinat respingerea cererii de dare în plată. Detaliind, Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007 prevede, la pct. 21 din Anexa 1, că revocarea deciziei de aprobare a dării în plată are loc dacă se constată, ulterior emiterii acesteia, că bunul imobil este grevat de drepturi reale și de alte sarcini sau face obiectul unor litigii, cereri ori contracte de concesiune, închiriere sau arendare.

²⁰ Încheierea procesului-verbal și stingerea creanțelor fiscale prin procedura de dare în plată sunt condiționate de depunerea de către debitor, la organul fiscal competent, inclusiv la direcția regională pentru accize și operațiuni vamale, la data încheierii procesului-verbal de dare în plată, a următoarelor acte: un nou extras de carte funciară, în original, emis de Biroul de carte funciară, care să ateste că bunul imobil nu este grevat de drepturi reale și de alte sarcini; o nouă declarație pe propria răspundere din care să rezulte că pe numele său nu s-a deschis procedura insolvenței, că bunurile imobile sunt proprietatea sa, că nu fac obiectul unor cereri privind retrocedarea ori al altor litigii și nu sunt aduse ca aport în cadrul unei asocieri în participațiune, aport la capitalul social al unei societăți comerciale și/sau nu sunt închiriate, concesionate, arendate; un nou certificat constatator eliberat de oficiul registrului comerțului, din care să rezulte că pe numele debitorului nu sunt înscrise mențiuni cu privire la declararea stării de insolvență (a se vedea pct. 20 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007).

²¹ Astfel, darea în plată reprezintă o modalitate de naștere a dreptului de proprietate publică. În doctrină, s-a propus ca aprobarea dării în plată să nu mai fie condiționată de trecerea imobilului debitorului exclusiv în proprietatea publică a statului sau, după caz, a unităților administrativ-teritoriale (D. Dascălu, C. Alexandru, *op. cit.*, p. 364). În opinia noastră, o asemenea propunere nu poate fi primită, întrucât dacă imobilul oferit nu servește uzului sau interesului public, atunci acesta trece în proprietatea privată a statului sau unităților administrativ-teritoriale, putându-se da naștere unor operațiuni speculative cu imobilele oferite de debitori în schimbul datoriilor lor fiscale.

²² A se vedea, în acest sens, art. 175 alin. (4) din Codul anterior, care prevede, similar art. 263 alin. (7) din noul Cod că „Procesul-verbal de trecere în proprietatea publică a bunului imobil constituie titlul de proprietate”.

²³ Acest text de lege prevedea că „În cazul creanțelor fiscale stinse prin dare în plată, data stingerii este data emiterii deciziei (de către comisia care hotărăște aprobarea cererii de dare în plată – *n.n.*)”.

²⁴ În concret, acest text de lege prevedea [similar art. 263 alin. (13) din noul Cod] că „În cazul în care, în interiorul termenului de prescripție a creanțelor fiscale, comisia prevăzută la alin. (3) ia cunoștință despre unele aspecte privind bunurile imobile, necunoscute la data aprobării cererii debitorului, aceasta poate decide, pe baza situației de fapt, revocarea, în tot sau în parte, a deciziei prin care s-a aprobat stingerea unor creanțe fiscale prin trecerea bunurilor imobile în proprietatea publică, dispozițiile alin. (8) aplicându-se în mod corespunzător”.

Decizia Comisiei de aprobare a cererii de dare în plată și procesul-verbal de trecere a imobilului în proprietatea publică pot fi contestate de orice persoană interesată, potrivit procedurii de contestare a actelor administrativ-fiscale²⁵.

În sfârșit, până la finalizarea procedurii de dare în plată, imobilul oferit de debitor este dat în custodia instituției publice care și-a exprimat intenția de a-l prelua în administrare, care are obligația inventarierii acestuia²⁶ și suportării eventualelor cheltuieli de administrare efectuate între data încheierii procesului-verbal de trecere în proprietatea publică și preluarea în administrare²⁷ (care se decide, după caz, prin hotărâre a Guvernului sau a consiliilor locale²⁸).

În situația în care imobilul a trecut în proprietatea publică, acesta trebuie să fie destinat uzului ori interesului public timp de cel puțin 5 ani²⁹, neputând să fie trecut în proprietatea privată a statului ori unităților administrativ-teritoriale înainte de expirarea acestui termen.

3. Efectele dării în plată

Consecințele dării în plată rezultă din prevederile Codului de procedură fiscală, detaliate de dispozițiile Ordinului ministrului finanțelor publice nr. 486/2007, acestea fiind următoarele:

- Datoriile fiscale se sting, potrivit art. 263 alin. (2) din noul Cod, la data întocmirii procesului-verbal de trecere în proprietatea publică a bunului imobil. În mod diferit, art. 175 alin. (1¹) din Codul anterior prevedea că stingerea datoriilor fiscale opera la data emiterii de către Comisie a deciziei de aprobare a dării în plată, deci mai înainte de trecerea efectivă a imobilului debitorului în proprietatea publică a statului

²⁵ A se vedea, în acest sens, Anexa 5 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007, care conține mențiunea potrivit căreia „Împotriva prezentului înscris (al procesului-verbal – *n.n.*), cel interesat poate introduce contestație la organul fiscal emitent, în termen de 30 de zile de la comunicare, sub sancțiunea decăderii, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (2) din O.G. nr. 92/2003”, în continuare menționându-se și că „Deciziile emise de organul fiscal în soluționarea contestației pot fi atacate la instanța judecătorească de contencios administrativ competentă”. Precizăm că, potrivit art. 270 alin. (1) din noul Cod, termenul de depunere a contestației administrative este de 45 de zile de la data comunicării actului administrativ fiscal.

²⁶ Astfel, art. 175 alin. (5) din Codul anterior prevedea, similar art. 263 alin. (9) din noul Cod, că „(...) Până la intrarea în vigoare a actului prin care s-a dispus darea în administrare, imobilul se află în custodia instituției care a solicitat preluarea în administrare. Instituția care are bunul în custodie are obligația inventarierii acestuia, potrivit legii”.

²⁷ A se vedea, în acest sens, art. 175 alin. (7) din Codul anterior, precum și art. 263 alin. (11) din noul Cod, al cărui conținut este similar.

²⁸ Astfel, art. 867 alin. (1) C. civ. prevede că „Dreptul de administrare se constituie prin hotărâre a Guvernului, a consiliului județean sau, după caz, a consiliului local”. Precizăm că, spre deosebire de Codul anterior, art. 263 alin. (4) din noul Cod prevede că „În termen de 90 de zile de la data comunicării procesului-verbal de trecere în proprietatea publică a bunului imobil, instituția care a solicitat preluarea în administrare a bunului are obligația de a efectua demersurile pentru inițierea hotărârii de constituire a dreptului de administrare potrivit art. 867 C. civ.”.

²⁹ În acest sens, art. 175 alin. (5) din Codul anterior prevedea că: „Bunurile imobile trecute în proprietatea publică conform alin. (1) sunt date în administrare în condițiile legii, cu condiția menținerii, pe o perioadă de 5 ani, a uzului și a interesului public (...)”. Precizăm că în același sens prevede și art. 263 alin. (9) din noul Cod.

sau, după caz, a unităților administrativ-teritoriale, care are loc în baza procesului-verbal de trecere în proprietatea publică, întocmit de organul fiscal competent pe baza deciziei de aprobare a dării în plată.

Astfel că, la nivel teoretic, se poate ridica întrebarea dacă art. 263 alin. (2) din noul Cod nu reglementează, în realitate, o novație prin schimbarea obiectului obligației, ci nu o dare în plată. Această întrebare derivă din faptul că în doctrina³⁰ de drept civil s-a făcut distincția între instituția dării în plată și a novației prin schimbarea obiectului obligației, arătându-se că „darea în plată se deosebește de novație” în sensul că „la darea în plată acordul părților de a schimba obiectul obligației este concomitent cu plata”, iar „în cazul novației prin schimbarea obiectului obligației, înțelegerea părților în acest sens intervine obligatoriu înainte de momentul în care urmează să se facă plata”. Or, în materie fiscală, așa cum am arătat, plata – constând în trecerea imobilului debitorului în proprietatea publică – are loc ulterior realizării acordului privind darea în plată, care se realizează atunci când Comisia emite decizia de aprobare a cererii debitorului de dare în plată.

- Stingerea obligațiilor fiscale prin darea în plată poate opera, așa cum rezultă din

art. 175 alin. (1)³¹ din Codul anterior și art. 263 alin. (1) din noul Cod, atât înainte de începerea executării silite a debitorului, cât și în cursul acesteia, până la finalizarea urmăririi silite.

- Stingerea datoriilor fiscale se face însă sub condiția rezolutorie ca imobilul trecut în proprietatea publică (oferit de debitor în schimbul liberării sale de datorie) să nu fie restituit terțelor persoane.

Astfel, art. 175 alin. (8) din Codul anterior prevedea, similar art. 263 alin. (12) din noul Cod, că în cazul în care bunurile imobile trecute în proprietatea publică au fost revendicate și restituite terțelor persoane, debitorul va fi obligat la plata sumelor stinse prin această modalitate, datoriile sale fiscale renăscând la data la care imobilele au fost restituite terților.

În același sens, pct. 37 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007 prevede că, în cazul în care imobilele debitorului au fost trecute în proprietatea publică a statului ca urmare a aplicării procedurii de dare în plată și, mai apoi, au fost revendicate și restituite către terțe persoane, organul fiscal va proceda la *redebitarea* acestuia cu sumele reprezentând creanțele fiscale pentru care s-a solicitat stingerea, la data la care bunurile imobile au fost restituite terțelor persoane.

Deși aceste texte de lege nu prevăd, apreciem că obligațiile fiscale ale debitorului se sting definitiv în situația în care imobilul este restituit terțelor

³⁰ A se vedea I.-F. Popa, *Dinamica obligațiilor – transmisiunea și transformarea obligațiilor*, în „Tratat elementar de drept civil. Obligațiile”, *op. cit.*, p. 695.

³¹ Astfel, art. 175 alin. (1) din Codul anterior prevedea, similar art. 263 alin. (1) din noul Cod, că: „Creanțele fiscale (...) pot fi stinse, la cererea debitorului, oricând, cu acordul creditorului fiscal, prin trecerea în proprietatea publică a statului sau, după caz, a unităților administrativ-teritoriale a bunurilor imobile, inclusiv a celor supuse executării silite”.

persoane după expirarea termenului de prescripție de 5 ani³² în care organul fiscal poate cere executarea silită a debitorului, termen care, în opinia noastră, curge de la data aprobării dării în plată, care constituie un act de întrerupere³³ a termenului de prescripție a dreptului organului fiscal de a cere executarea silită.

De asemenea, obligația fiscală a debitorului se stinge definitiv în ipoteza în care organul fiscal nu descoperă vicii ascunse ale imobilului și nu solicită revocarea dării în plată în cadrul aceluiași termen de prescripție.

Dacă însă, în interiorul termenului de prescripție a creanțelor fiscale, comisia (care decide aprobarea dării în plată – *n.n.*) ia cunoștință despre unele aspecte privind bunurile imobile, necunoscute la data aprobării cererii debitorului, poate decide, pe baza situației de fapt, revocarea³⁴, în tot sau în parte, a deciziei prin care s-a aprobat stingerea creanțelor fiscale prin trecerea imobilelor în proprietatea publică [în acest sens fiind art. 175 alin. (9) din Codul anterior, precum și art. 263 alin. (13) din noul Cod].

Detaliind, pct. 38 din Anexa 1 la Ordinul nr. 486/2007 prevede că, în cadrul termenului de prescripție a dreptului de a cere executarea silită a creanțelor fiscale, comisia poate decide revocarea, în tot sau în parte, a deciziei prin care s-a aprobat stingerea creanțelor fiscale prin trecerea imobilelor în proprietatea publică a statului dacă: se constată vicii ascunse³⁵, totale sau parțiale, ale imobilelor date în plată (dacă, în opinia noastră, aceste vicii ascunse determină o scădere a valorii imobilului sub nivelul datoriei fiscale); imobilele supuse procedurii de dare în plată erau, la data aprobării cererii, aduse ca aport în cadrul unei asocieri în participațiune, aport la capitalul social al unei societăți comerciale sau închiriate ori concesionate sau arendate; imobilele erau grevate de drepturi reale sau de alte sarcini la data aprobării cererii, iar acest fapt nu a fost adus la cunoștință comisiei la data aprobării cererii; debitorul a furnizat până la data aprobării cererii de dare în plată ori până la data încheierii procesului-verbal de trecere în proprietatea publică a statului a bunului imobil, inclusiv, date și informații incomplete și/sau nereale care

³² Astfel, art. 131 din Codul anterior prevedea, similar art. 215 alin. (1) din noul Cod, că: „Dreptul de a cere executarea silită a creanțelor fiscale se prescrie în termen de 5 ani de la data de 1 ianuarie a anului următor celui în care a luat naștere acest drept”.

³³ Ne întemeiem această concluzie pe art. 133 din Codul anterior care prevedea, la pct. b), că „termenul de prescripție prevăzut la art. 131 (de a cere executarea silită a creanțelor fiscale – *n.n.*) se întrerupe pe data îndeplinirii de către debitor, înainte de începerea executării silite sau în cursul acesteia, a unui act voluntar de plată a obligației prevăzute în titlul executoriu ori a recunoașterii în orice alt mod a datoriei”. Precizăm că în mod similar prevede și art. 217 lit. b) din noul Cod.

³⁴ Decizia de revocare poate fi contestată de orice persoană interesată. Contestația se depune la comisia a cărei decizie se contestă în termen de 30 de zile de la data comunicării deciziei, sub sancțiunea decăderii, și nu este supusă taxelor de timbru. Contestația se soluționează de această comisie în termen de 45 de zile de la înregistrare. În soluționarea contestației, comisia se pronunță prin decizie, care este definitivă în sistemul căilor administrative de atac, în sensul că asupra ei comisia nu mai poate reveni, cu excepția situațiilor privind îndreptarea erorilor materiale, potrivit legii. Decizia emisă în soluționarea contestației se comunică contestatorului și poate fi atacată la instanța de contencios administrativ competentă (a se vedea, în acest sens, pct. 43-50 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007).

³⁵ Referitor la viciile ascunse, art. 1707 alin. (2) C. civ. prevede că „este ascuns acel viciu care, la data predării, nu putea fi descoperit, fără asistență de specialitate, de către un cumpărător prudent și diligent”.

afectează în orice mod dreptul de proprietate publică a statului asupra bunurilor imobile; alte aspecte necunoscute la data aprobării cererii de dare în plată.

Astfel, Codul de procedură fiscală reglementează obligația debitorului de a garanta organul fiscal în cazul evicțiunii sau viciilor ascunse, corelându-se cu dispozițiile art. 1492 alin. (2) C. civ. (denumit „Darea în plată”) care prevede că „Dacă prestația oferită în schimb constă în transferul proprietății sau al unui alt drept, debitorul este ținut de garanția contra evicțiunii și de garanția contra viciilor lucrului, potrivit regulilor aplicabile în materia vânzării, cu excepția cazului în care creditorul preferă să ceară prestația inițială și repararea prejudiciului. În aceste cazuri, garanțiile oferite de terți nu renasc.”

Raportat la aceste dispoziții legale referitoare la obligațiile civile, în doctrină s-a arătat că creditorul are un drept de opțiune în sensul că poate să aleagă invocarea garanției specifice vânzării sau poate să solicite prestația inițială, caz în care renunță, cu efecte retroactive, la darea în plată și efectul extinctiv de obligație al acesteia nu se mai produce³⁶.

În schimb, în materie fiscală, dacă se produce evicțiunea sau se descoperă vicii ascunse, organul fiscal are dreptul și, în același timp, obligația de a revoca decizia de aprobare a dării în plată și de a-l urmări pe debitor pentru obligațiile fiscale inițiale, acestea „renăscând” în temeiul legii. În acest sens, pct. 41 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007 prevede că, după emiterea deciziei de revocare, organul fiscal competent va repune în sarcina debitorului sumele reprezentând creanțe fiscale pentru care s-a solicitat stingerea, la data la care bunurile imobile au fost restituite terțelor persoane, exclusiv TVA aferentă operațiunii de transfer al proprietății bunului imobil prin dare în plată.

La rândul său, debitorul are obligația de a plăti datoriile fiscale în cuantumul datorat, neavând relevanță dacă valoarea imobilului a scăzut până la data evicțiunii sau descoperirii viciilor ascunse, din neglijența administratorului imobilului sau datorită forței majore. Aprecierea noastră se întemeiază pe dispozițiile art. 1492 alin. (2) C. civ., denumit „Darea în plată”, care fac trimitere la instituția garanției pentru evicțiune specifică vânzării, reglementată de art. 1701 alin. (1) C. civ., potrivit căruia „Vânzătorul este ținut să înapoieze prețul în întregime chiar dacă, la data evicțiunii, valoarea bunului vândut a scăzut sau dacă bunul a suferit deteriorări însemnate, fie din neglijență a cumpărătorului, fie din forță majoră”. De asemenea, raportându-ne la art. 1701 alin. (3)³⁷ C. civ., putem concluziona că în

³⁶ A se vedea I.-F. Popa, *Stingerea obligațiilor*, în „Tratat elementar de drept civil. Obligațiile”, *op. cit.*, p. 741.

³⁷ Acest articol de lege prevede că „Dacă lucrul vândut are, la data evicțiunii, o valoare mai mare, din orice cauză, vânzătorul este dator să plătească cumpărătorului, pe lângă prețul vânzării, sporul de valoare acumulat până la data evicțiunii”. De asemenea, art. 1702 alin. (2) C. civ. prevede că „vânzătorul este ținut să ramburseze cumpărătorului sau să facă să i se ramburseze de către acela care evinge toate cheltuielile pentru lucrările efectuate în legătură cu bunul vândut, fie că lucrările sunt autonome, fie că sunt adăugate, dar, în acest din urmă caz, numai dacă sunt necesare sau utile”. În continuare, art. 1702 alin. (3) C. civ. prevede că „Dacă vânzătorul a cunoscut cauza evicțiunii la data încheierii contractului, el este dator să ramburseze cumpărătorului și cheltuielile făcute pentru efectuarea și, după caz, ridicarea lucrărilor voluptuare”.

cazul revocării dării în plată, contribuabilul debitor are obligația ca, pe lângă plata obligației fiscale inițiale, să plătească și sporul de valoare adus imobilului evins, dacă s-au adus îmbunătățiri acestuia de către instituția publică ce l-a preluat în administrare. În același sens sunt și dispozițiile pct. 39 și 40 din Anexa 1 la Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007, potrivit cărora debitorul are obligația să despăgubească pe titularul dreptului de administrare asupra imobilului pentru cheltuielile utile pe care le-a făcut în legătură cu acesta, în situația în care intervine revocarea deciziei de aprobare a dării în plată și a actelor subsecvente acesteia, inclusiv a celor de dare în administrare a imobilului.

De asemenea, și în cazul descoperirii viciilor ascunse ale imobilului, creditorul fiscal are dreptul să solicite obligarea debitorului la plata prestației inițiale, care se reactivează³⁸.

- În cazul revocării deciziei de aprobare a dării în plată, pentru perioada cuprinsă între data trecerii imobilului în proprietatea publică și data la care au renăscut creanțele fiscale, debitorul nu datorează dobânzi, penalități de întârziere sau majorări de întârziere, așa cum prevede art. 175 alin. (10) din Codul anterior, precum și art. 263 alin. (14) din noul Cod.

Astfel, în cazul revocării deciziei de dare în plată ca urmare a evicțiunii ori descoperirii viciilor ascunse ale imobilului, debitorul nu datorează accesorii aferente obligației sale originare de la data trecerii imobilului în proprietatea publică (când s-a stins datoria fiscală) și până la data renașterii acestei datorii, care are loc prin revocarea deciziei prin care s-a aprobat darea în plată. Explicația constă în aceea că obligația debitorului se stinge prin trecerea imobilului în proprietatea publică, neputând fi solicitate de organul fiscal dobânzi și penalități de întârziere ulterior stingerii datoriei fiscale. Totuși, *de lege ferenda*, s-ar impune (considerăm noi) ca, în cazul relei-credințe a debitorului care a ascuns cauza de evicțiune sau viciile ascunse, acesta să suporte atât dobânzi de întârziere, cât și penalități de întârziere, revocarea deciziei de aprobare a dării în plată producând efecte retroactive de la data emiterii acestei decizii, cu consecința că obligația fiscală a debitorului nu a fost stinsă prin darea în plată, datoria fiscală renăscând. Cu alte cuvinte, debitorul ar trebui să suporte atât dobânzi de întârziere (pentru acoperirea pagubei constând în întârziere plății la buget a sumei cu titlu de impozite, taxe sau contribuții sociale), cât și penalități de întârziere (reprezentând sancțiunea pentru neplata obligației fiscale la scadență).

De lege lata, debitorul datorează dobânzi și penalități de întârziere pentru perioada scursă de la data revocării deciziei de dare în plată și până la data la care acesta achită obligațiile fiscale restante.

- Stingerea obligației prin darea în plată produce, în principiu, aceleași efecte ca și plata, stingând obligația cu toate garanțiile și accesoriile acesteia³⁹.

³⁸ A se vedea C. Zamșa, *Comentariu (la art. 1492. Darea în plată)*, în „Noul Cod civil. Comentariu pe articole”, de Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei ș.a., Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 1579-1580.

³⁹ A se vedea I.-F. Popa, *Stingerea obligațiilor, op. cit.*, p. 741.

Renașterea obligației inițiale a debitorului, ca urmare a evicțiunii sau descoperirii viciilor ascunse, nu atrage însă și renașterea garanțiilor oferite de terți (cei care au garantat datoria debitorului). Astfel, art. 1492 alin. (2) C. civ., aplicabil și în materie fiscală, prevede că „(...) în aceste cazuri, garanțiile oferite de terți nu renasc”. În schimb, prin renașterea datoriei debitorului, apreciem că renasc și garanțiile oferite de acesta organului fiscal mai înainte de aprobarea dării în plată, cum ar fi, spre pildă, ipoteca asupra altui imobil al debitorului decât cel care a făcut obiectul dării în plată sau gajul asupra unui bun mobil al său.

- În sfârșit, potrivit art. 175 alin. (4¹) din Codul anterior și art. 263 alin. (8) din noul Cod, în cazul în care operațiunea de transfer a proprietății bunurilor imobile prin dare în plată este taxabilă cu valoarea stabilită potrivit legii, plus taxa pe valoarea adăugată, se va stinge cu prioritate taxa pe valoare adăugată aferentă operațiunii de dare în plată.

4. Darea în plată în condiții speciale

În cazul debitorilor persoane juridice pentru care s-a deschis procedura insolvenței, stingerea creanțelor fiscale administrate de Ministerul Finanțelor Publice, prin dare în plată, se poate realiza dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții⁴⁰: pentru debitor a fost pronunțată o încheiere sau o sentință judecătorească de deschidere a procedurii insolvenței de către judecătorul-sindic; membrii adunării creditorilor au fost de acord, fie ca o măsură în cadrul planului de reorganizare judiciară, fie ca o modalitate de atribuire a unui bun în contul creanței în cadrul lichidării, cu trecerea în proprietatea publică a statului a unor bunuri imobile libere de sarcini în contul creanțelor fiscale administrate de Ministerul Finanțelor Publice – Agenția Națională de Administrare Fiscală, înscrise în tabloul creditorilor; existența unor solicitări de preluare în administrare, potrivit legii, a bunurilor imobile respective; existența dreptului de proprietate al debitorului asupra bunurilor imobile care fac obiectul dării în plată; bunurile imobile nu fac obiectul unor cereri de revendicare și restituire, potrivit legii.

În concluzie, darea în plată reprezintă, în materie fiscală, o modalitate de stingere a creanțelor fiscale care are ca efect realizarea acestora, avându-și izvorul în Codul de procedură fiscală care se completează cu actele administrative normative care reglementează această instituție juridică, precum și cu dispozițiile Codului civil, în măsura în care acestea nu contravin specificului raportului de putere dintre organele fiscale și contribuabili.

⁴⁰ În acest sens, a se vedea pct. 52 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 486/2007.

9.

Sanctiunea excluderii probelor: fructul otrăvit din grădina Curții Europene a Drepturilor Omului?

Lect. univ. dr. Magdalena ROIBU*
Universitatea de Vest din Timișoara,
Facultatea de Drept

Abstract

"Fruit of the poisonous tree" doctrine is a legal metaphor used in the United States case-law to describe evidence that is obtained illegally. The logic of the terminology is that if the source of the evidence (the "tree") is tainted, then anything derived from it (the "fruit") is tainted as well. Although of common law origin, the doctrine has been much used in the case-law of the European Court of Human Rights (hereinafter, the ECHR) as concerns the exclusion of primary and derived evidence that was obtained by unlawful methods.

The exclusion of illegally obtained evidence (exclusionary rule) represents a controversial procedural sanction applicable in criminal trials. Although provided under almost all the codes of criminal procedure of the EU member-states (e.g. France, Belgium, Germany, Italy, Spain, United Kingdom, Romania), the different and, many times, surprising approaches of national judicial authorities to this rule have led to a rich case-law generated by the ECHR. The controversies related to this procedural sanction derive mainly from its uncertain legal effects in judicial practice (should it be treated as a case of inadmissibility of evidence or as a type of absolute nullity?), as well as from its clash with certain procedural principles (e.g. the establishment of truth in a criminal trial), and, in the absence of a very clear settlement, this often generates hesitant reactions from national judges, who are called to make courageous applications of said sanction.

The present study aims at synthesizing the most representative aspects in the ECHR case-law related to the exclusion of illegally obtained evidence (as an essential element of the right to a fair trial set out by article 6 of the European Convention on Human Rights), commenting upon the findings of the Court, which are themselves contradictory.

* magda_roibu_lawedu@yahoo.com.

Keywords: *fruit of the poisonous tree; exclusionary rule; European Court of Human Rights; article 6 case-law; European Convention on Human Rights; establishment of truth*

Rezumat

Doctrina „fructele pomului otrăvit” este o metaforă juridică utilizată în jurisprudența SUA pentru a descrie probele obținute în mod nelegal. Rațiunea care stă la baza acestei sintagme este aceea că, dacă sursa probei („copacul”) este putredă, atunci tot ceea ce provine din acea sursă („fructele”) este, de asemenea, putred. Deși își are originea în sistemul de tip common law, această doctrină a fost folosită și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în legătură cu excluderea probelor primare și derivate ce au fost obținute prin metode nelegale.

Excluderea probelor obținute în mod nelegal reprezintă o sancțiune procedurală controversată, aplicabilă în procesul penal. Deși prevăzută de majoritatea codurilor de procedură penală ale Statelor-Membre ale Uniunii Europene (de ex. Franța, Belgia, Germania, Italia, Spania, Regatul Unit, România), abordările diferite și, de multe ori, surprinzătoare, ale organelor judiciare naționale în aplicarea acestei sancțiuni au condus la o bogată jurisprudență generată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Controversele legate de această sancțiune procedurală derivă, în principal, din efectele ei nesigure în practica judiciară (ar trebui tratată ca un caz de inadmisibilitate a probelor sau ca un tip de nulitate absolută?), precum și din conflictul acesteia cu unele principii procesuale (de ex. aflarea adevărului în procesul penal), iar, în absența unei reglementări precise, această situație conduce la reacții ezitante din partea judecătorilor naționali, care sunt chemați să facă o aplicare curajoasă a acestei sancțiuni.

Prezentul studiu își propune să sintetizeze cele mai reprezentative aspecte din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, referitoare la excluderea probelor obținute nelegal (element esențial al dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului), discutând soluțiile Curții Europene a Drepturilor Omului, acestea fiind ele însele contradictorii.

Cuvinte-cheie: *fructele pomului otrăvit; excluderea probelor; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; jurisprudența art. 6; Convenția europeană a drepturilor omului; aflarea adevărului*

1. Modelul analitic al Curții Europene a Drepturilor Omului

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, problema admisibilității și a excluderii probelor obținute în mod nelegal ar putea fi cel mai corect înțeleasă

prin raportare la un așa-zis „drept la o administrare echitabilă a probelor” (*the right of fair use of evidence*)¹, rezultat doctrinar din operațiunea *a contrario* interdicției de a întrebuiți în procesul penal probe obținute prin mijloace ilegale.

În jurisprudența incipientă, atunci când se confrunta cu soluționarea unor plângeri având ca obiect administrarea de probe obținute în mod nelegal, Curtea Europeană a Drepturilor Omului era adepta unei abordări precaute. Această abordare discretă încă se mai reflectă în principiile generale la care face referire Curtea atunci când analizează plângerile ce au ca obiect încălcarea art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului (în continuare, Convenția). În acest sens, Curtea a statuat în cauza *Schenk c. Elveției*² că „deși art. 6 garantează dreptul la o audiere echitabilă (*fair hearing*), acesta nu instituie reguli cu privire la admisibilitatea în sine a probelor, care rămâne în principal o problemă de reglementare în dreptul național”.

De asemenea, Curtea a mai precizat că „Nu este rolul Curții să stabilească, ca o chestiune de principiu, dacă anumite tipuri de probe – de exemplu probele obținute în mod nelegal, potrivit aprecierii din dreptul intern – sunt sau nu admisibile. Problema este de a ști dacă procedurile în ansamblu, inclusiv modalitatea de obținere a probelor, au fost echitabile. Acest lucru implică o analiză a *nelegalității* în discuție și, atunci când este incidentă încălcarea unui alt drept al Convenției, va fi analizată natura acelei încălcări”³.

Excepție fac însă situațiile în care probele respective au fost obținute cu încălcarea art. 3 din Convenție, care consacră interdicția torturii și a tratamentelor crude, inumane și degradante⁴.

În jurisprudența timpurie, Curtea Europeană a Drepturilor Omului aproape întotdeauna concluziona că *nu a avut loc o încălcare a art. 6*, astfel subliniind încă o dată ideea că art. 6 *nu* conține reguli cu privire la admisibilitate sau excludere în materia probelor obținute în mod nelegal. Este, însă, important de reținut că în această perioadă a jurisprudenței, majoritatea cauzelor deduse Curții aveau ca obiect încălcarea dreptului la viață privată prevăzut de art. 8 din Convenție.

Cu ocazia jurisprudenței ulterioare, pe măsură ce Curții îi erau deduse plângeri având ca obiect alte încălcări ale unor norme de drept substanțial intern, iar Curtea statua *în sensul încălcării art. 6 din Convenție* datorită probelor obținute prin încălcarea respectivelor norme, a devenit tot mai clar că precauția inițială a instanței de la Strasbourg se datora mai curând unei afinități (scăzute) față de efectul pe care îl avea constatarea încălcării art. 8 asupra echității administrării probelor, decât unei reticențe reale de a formula și impune standarde în materia drepturilor omului, cu aplicare asupra admisibilității și excluderii probelor.

¹ S.-C. Thaman (ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer Science and Media, Dordrecht, 2013, p. 373.

² CEDO, cauza *Schenk c. Elveției* (12 iulie 1988), par. 64.

³ CEDO, cauza *Gäffgen c. Germaniei* (1 iunie 2010), par. 163. De asemenea, a se vedea cauza *Khan*

c. Regatului Unit (12 mai 2000), par. 34, cauza *P.G. și J.H. c. Regatului Unit* (25 septembrie 2001), par. 76 și, respectiv, cauza *Allan c. Regatului Unit* (5 noiembrie 2002), par. 42.

⁴ V. Pușcașu, *Excluderea probelor ilegale în procesul penal*, în *Caiete de Drept Penal* nr. 3/2009, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 94.

Dreptul la o administrare echitabilă a probelor presupune o garanție procesuală puternică (un adevărat sistem de protecție), construită pe un model analitic dezvoltat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, ce funcționează pe două nivele.

La un prim nivel, analiza încearcă să determine dacă drepturile prevăzute de Convenție au fost încălcate în faza de urmărire penală sub forma violării art. 3 (interzicerea torturii sau a tratamentelor inumane și degradante), a art. 8 (dreptul la viață privată), a art. 6 sub aspectul dreptului la apărare (lipsa unui apărător), a privilegiului contra auto-incriminării, precum și a dreptului de a nu da declarații.

La al doilea nivel al analizei, Curtea verifică dacă administrarea probelor obținute prin încălcarea primului nivel este contrară exigențelor art. 6 din Convenție.

În acest sens, se pot distinge trei situații (scenarii) posibile cu care operează instanța europeană. O primă situație are în vedere o categorie de probe obținute ilegal care prezintă un risc scăzut pentru echitatea procedurii, în această categorie intrând, în viziunea Curții, încălcările vieții private (art. 8 din Convenție). O a doua situație ia în calcul probele obținute în mod nelegal a căror folosire prezintă un risc considerabil pentru echitatea procedurii, acestea constând în încălcări ale art. 3 din Convenție, cu excepția cazurilor de tortură. Cea de-a treia situație se preocupă de categoria de probe obținute în mod nelegal ce prezintă riscul cel mai înalt pentru caracterul echitabil al procedurii, încât acestea nu pot fi admise în niciun mod în procesul penal, cum sunt probele obținute prin tortură.

Curtea va pune în balanță toate aceste situații, adoptând o atitudine circumstanțiată, însă va manifesta toleranță zero față de ultima categorie de probe. Cu alte cuvinte, cu cât riscul de încălcare a celor trei drepturi menționate este mai mare, cu atât Curtea va fi mai atentă la punerea în balanță a diverselor situații, deci va trebui să depună un efort mai mare pentru reinstituirea echilibrului și recăștigarea echității procedurii.

Pentru a decide dacă procedurile au fost echitabile și a existat un echilibru între diversele drepturi procesuale ale inculpatului, Curtea aplică o serie de teste (standarde).

Astfel, Curtea verifică dacă apărării i s-a dat șansa efectivă de a contesta atât modalitatea în care au fost obținute probele de către acuzare, cât și felul în care au fost administrate acestea⁵.

În concret, inculpatul trebuie să fi beneficiat efectiv de dreptul de a fi informat cu privire la acuzații, de dreptul de a fi asistat de avocat, de dreptul de a contesta probele acuzării într-o procedură contradictorie.

Un alt test la care recurge Curtea în analiza echității și a echilibrului procesual constă în verificarea împrejurării dacă organul judiciar național competent a motivat în sensul admisibilității probelor și dacă hotărârea de condamnare nu s-a bazat exclusiv pe probe obținute în mod nelegal.

⁵ CEDO, cauza *Bykov c. Rusiei* (10 martie 2009), par. 90, și cauza *Lisica c. Croației* (25 februarie 2010), par. 49.

La primul nivel al analizei, pentru a stabili dacă au fost încălcate drepturi care nu sunt prevăzute în mod expres în Convenție, dar derivă intrinsec din acestea (de ex. privilegiul contra autoincriminării), Curtea va ține seama și de alte elemente mai complexe, de exemplu, interesul public pentru cauza respectivă, preocuparea generală față de dezvoltarea crimei organizate, interese ce țin de securitatea națională, situația procesuală a martorilor din cauză etc.

Cel de-al doilea nivel al analizei cu care operează Curtea Europeană a Drepturilor Omului, este specific acestei instanțe supranaționale, nefiind întotdeauna la îndemâna sistemelor judiciare naționale atunci când abordează sancțiunea excluderii probelor. În concret, atunci când evaluează echitatea procedurilor penale în ansamblu, Curtea va lua în calcul de asemenea: (1) gravitatea încălcării normei constatată cu ocazia primului nivel al analizei; (2) valoarea probelor obținute prin încălcarea normei respective; și, în anumite cazuri, (3) gradul de pericol social al infracțiunii comise, raportat la interesul public urmărit în soluționarea cazului și în pedepsirea autorului.

Indiferent de situație, însă, abordarea Curții în problema probelor obținute în mod nelegal și a administrării acestora ulterioare în procesul penal, poate fi caracterizată ca fiind una dinamică, în sensul că instanța europeană nu ezită să își adapteze permanent modelul de abordare inițial creat. Astfel, Curtea poate crea noi sfere de protecție prin propria sa jurisprudență, fără să facă în mod necesar referire la standardele europene comune în materie, sau poate face trimitere la sistemele de drept ale Statelor-Membre sau chiar la norme de drept internațional.

Cât privește separarea de vechea sa jurisprudență, Curtea este extrem de directă atunci când afirmă că „deși este în interesul clarității, certitudinii și previzibilității ca, Curtea Europeană a Drepturilor Omului să nu se îndepărteze, cu excepția unor motive întemeiate, de jurisprudența sa anterioară, lipsa de adaptare a Curții la o abordare dinamică și evolutivă riscă să o transforme într-un obstacol în calea reformei sau evoluției. Nu trebuie să uităm că această Convenție este destinată să asigure nu drepturi care sunt teoretice și iluzorii, ci drepturi ce sunt concrete și efective”⁶.

2. Jurisprudența relevantă

2.1. Cauza Gäfgen c. Germaniei⁷. Repere

Cauza *Gäfgen c. Germaniei* (1 iunie 2010) a reprezentat un adevărat eveniment judiciar în jurisprudența Curtea Europeană a Drepturilor Omului, iar ecurile acesteia continuă să fie resimțite la nivelul practicii judiciare penale a statelor europene. În cauza arătată, Marea Cameră a statuat cu 11 voturi „pentru” și 6 voturi „împotriva” că amenințarea cu tortură folosită de către ofițerii de poliție împotriva reclamantului Magnus Gäfgen constituie tratament inuman, în sensul art. 3 din Convenție (par. 79 al hotărârii).

⁶ CEDO, cauza *Micallef c. Maltei* (15 octombrie 2009), par. 81.

⁷ Disponibilă în limba română la www.csm1909.ro/csm/linkuri/08_01_2013__53512_ro.doc.

Circumstanțele cauzei, pe scurt, sunt după cum urmează: Magnus Gäfgen, reclamantul din cauză, un tânăr student la drept, a răpit și ucis un copil de 11 ani, J., fiul unui bancher din Frankfurt pe Main, solicitând răscumpărare. La momentul arestării reclamantului, poliția a presupus că băiatul este încă în viață. În timpul audierii reclamantului, în condiții de presiune de timp, acesta a fost amenințat cu suferințe grave pe care i le va aplica o persoană special antrenată în acest sens, dacă nu spune unde se află copilul. În opinia reclamantului, polițistul l-ar fi lovit cu mâna de mai multe ori în piept și l-ar fi zgâlțâit, astfel încât s-a lovit o dată cu capul de perete. Temându-se să nu fie supus măsurilor cu care a fost amenințat, reclamantul a dezvăluit locul unde ascunsese cadavrul copilului. Când reclamantul a fost trimis în judecată, acesta s-a plâns de faptul că declarația prin care a mărturisit despre existența cadavrului victimei i-a fost luată prin amenințarea cu tortură. Instanțele germane au recunoscut că amenințările folosite împotriva reclamantului erau nelegale și că poliția a folosit metode de interogare interzise în sensul art. 136a § 1 C. pr. pen. ger., amenințându-l pe reclamant cu suferințe intolerabile dacă nu spunea unde se află copilul. Prin urmare, erau inadmisibile declarațiile pe care reclamantul le-a făcut în urma acestei măsuri de anchetă interzisă. Excluderea acestor probe (*Beweisverwertungsverbot*) nu este valabilă numai pentru declarațiile făcute imediat după amenințarea ilegală. Având în vedere efectul continuu al încălcării art. 136a din Cod, această excludere se extindea la toate celelalte declarații făcute de reclamant autorităților de anchetă.

Cu toate acestea, reclamantul a fost condamnat la detențiune pe viață, însă pentru a pronunța această soluție, instanțele interne s-au bazat pe *probe cu caracter coroborant* care au fost colectate indiferent de primele mărturii obținute de la reclamant sub amenințare, poliția filându-l pe acesta după ce și-a luat răscumpărarea și cercetându-i apartamentul imediat după arestare. Aceste probe, care nu sunt „viciate” de încălcarea art. 3, erau mărturia surorii lui J., modul de redactare a scrisorii de șantaj, nota descoperită în apartamentul reclamantului cu privire la organizarea crimei, precum și banii răscumpărării găsiți în apartamentul reclamantului sau depuși în conturile sale bancare.

În fața Curții Europene a Drepturilor Omului, Magnus Gäfgen a invocat încălcarea art. 3 din Convenție, motivat de faptul că în cursul audierilor la poliție a fost supus torturii, iar calitatea de victimă a acestei încălcări a fost menținută ca urmare a insuficienței remediilor acordate pe plan intern. De asemenea, a invocat încălcarea art. 6 din Convenție, motivat de faptul că decizia de respingere a cererii sale de înlăturare a probelor materiale descoperite ca urmare a declarațiilor luate prin constrângere și utilizarea subsecventă a acestora în vederea condamnării sale au afectat caracterul echitabil al procesului penal.

În 2008, Prima Cameră a Curții Europene a Drepturilor Omului a concluzionat că tratamentul aplicat reclamantului de către poliția germană a fost inuman, însă că Gäfgen nu mai putea fi considerat victimă a unui astfel de tratament, întrucât i se oferiseră suficiente și adecvate despăgubiri în plan intern. De asemenea, Prima Cameră a statuat că nu a avut loc o încălcare a art. 6. La cererea reclamantului, cauza a fost trimisă înaintea Marii Camere, în temeiul art. 46 din Convenție.

Hotărârea Marii Camere a demonstrat o abordare diferită, însă argumentele au rămas în sensul existenței unei încălcări a art. 3, dar a absenței încălcării art. 6 din Convenție.

Această lipsă a încălcării procesului echitabil a fost justificată prin valorificarea faptului că instanțele interne au exclus utilizarea în proces a tuturor declarațiilor făcute anterior de către reclamant autorităților de anchetă, având în vedere efectul continuu al utilizării în cursul anchetei a unor metode de interogare interzise.

Marea Cameră a ajuns la o concluzie diferită față de cea inițială în ceea ce privește caracterul suficient al remediilor acordate reclamantului, concluzionând în sensul menținerii calității de victimă a reclamantului.

În special în opiniile concordante formulate în speță s-a exprimat ideea conform căreia pedepsele care au fost aplicate polițiștilor germani sunt „insuficiente” și „vădit disproporționate” în comparație cu gravitatea faptelor acestora; prin urmare, nu au „efectul disuasiv necesar pentru prevenirea altor încălcări ale interdicției de folosire a rețelilor tratamente în situații dificile ce ar putea apărea în viitor” (par. 124 și opiniile concordante).

Așadar, o diferență notabilă față de hotărârea din 2008 constă în faptul că Marea Cameră a ajuns la concluzia că reclamantul încă se mai poate pretinde „victimă” unei încălcări a art. 3 din Convenție în temeiul art. 34 din Convenție. Pentru a statua astfel, Marea Cameră a arătat că reparația cea mai adecvată a încălcării constatate și recunoscute de art. 3 ar fi fost *excluderea din proces* a elementelor de probă obținute cu încălcarea Convenției, ceea ce nu a fost cazul și astfel trebuie concluzionat că reclamantul se poate încă pretinde „victimă” în sensul art. 34 din Convenție.

Un aspect asupra căruia Curtea a făcut comentarii care nu sunt la adăpost de critici a fost cel referitor la inversarea ordinii de prioritate între o serie de drepturi esențiale, prevăzute de Convenție: dreptul la viață (art. 2), interdicția torturii și a tratamentelor inumane sau degradante (art. 3) și, respectiv, dreptul la un proces echitabil (art. 6). Din însuși modul în care au fost reglementate aceste drepturi, prin instituirea unei ordini clare de prioritate a acestora, dreptul la viață ar trebui să prevaleze asupra celorlalte două, mai ales în contextul circumstanțelor speței analizate.

În acest sens, Curtea a statuat: „Convenția cere, într-adevăr, statelor contractate să apere dreptul la viață. Ea nu le obligă totuși să o facă prin acte care încalcă interdicția absolută a tratamentelor inumane enunțate la art. 3 sau într-un mod care să aducă atingere dreptului oricărui acuzat la un proces echitabil în temeiul art. 6. Curtea recunoaște că în speță agenții statului au trebuit să acționeze într-o situație dificilă și tensionată și au vrut să salveze o viață. Asta nu schimbă totuși nimic din faptul că ei au obținut probe materiale printr-o încălcare a art. 3. În plus, în fața celor mai grele pedepse trebuie asigurat, la cel mai înalt grad posibil, dreptul la un proces echitabil de către societățile democratice” (par. 177).

Credem că această motivare a Curții este criticabilă, mai ales având în vedere gravitatea infracțiunii comisă de reclamant. Instanțele interne germane au pronunțat hotărâri în acord cu spiritul (poate mai puțin cu litera) Convenției atunci când au dat prioritate importanței dreptului la viață al unui copil de 11 ani, în detrimentul interdicției tratamentelor inumane sau degradante ale inculpatului, în

timp ce i-au respectat acestuia din urmă toate garanțiile ce derivă din dreptul la un proces echitabil. În acest sens, ni se pare curajoasă și demnă de apreciat opinia separată a judecătorului Casadevall (căreia s-au raliat și judecătorii Kovler, Mijovic, Jaeger, Jociene și Lopez Guerra), care a contestat atât calitatea de victimă a reclamantului, cât și însăși încălcarea art. 3 din Convenție. Aceasta, în principal datorită caracterului delicat al cauzei dedusă Curții, în ceea ce privește drepturile legitime ale reclamantului, dar și mai delicată și dificilă pentru autoritățile de urmărire în fața unei situații foarte grave și dramatice care s-a soldat cu uciderea unui copil de unsprezece ani.

2.2. Cauza *Nițulescu c. României*⁸. Repere

În cauza *Gabriela Nițulescu c. României* (22 septembrie 2015), Curtea Europeană a Drepturilor Omului, a constatat că a existat o încălcare a dreptului la un proces echitabil, garantat de art. 6 din Convenție, prin neexcluderea unor probe obținute de autorități în mod nelegal. Respectivele probe au fost determinante în pronunțarea deciziei de condamnare finale.

Deși cauza nu a avut elemente de fapt care să producă un impact judiciar similar celui din hotărârea *Gäfgen*, standardele aplicabile în analiza echității procedurii au fost corect aplicate de Curte.

Curtea a reținut faptul că reclamanta a fost achitată de instanțele naționale, în primă instanță și în apel, pe motiv că probele împotriva ei nu au fost concludente. Cu toate acestea, în baza aceluiași probe, reclamanta a fost ulterior condamnată de Înalta Curte de Casație și Justiție, fără ca instanța de recurs să administreze probe noi; în plus, Înalta Curte a casat deciziile instanțelor inferioare fără să audieze reclamanta, denunțătoarea sau martorii din cauză (par. 47 al hotărârii).

Fără a efectua cercetarea judecătorească, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că probele în acuzare se coroborează și converg spre vinovăția inculpatei.

Pe lângă încălcarea principiului nemijlocirii, judecătorii europeni au mai stabilit că Înalta Curte de Casație și Justiție și-a motivat decizia de condamnare pe stenograme ale unor interceptări a căror autenticitate, deși a fost contestată de reclamantă, nu a putut fi stabilită de un expert, coroborate cu declarațiile scrise considerate contradictorii de către instanțele de fond și de apel, în soluțiile de achitare adoptate.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că dispozițiile relevante cu privire la interceptarea conversațiilor telefonice au fost examinate în contextul încălcării art. 8, în jurisprudența anterioară, cu ocazia pronunțării hotărârii în cauza *Dumitru Popescu c. României* (26 aprilie 2007, par. 72-81). Dreptul intern aplicabil la momentul interceptărilor prevedea că sunt admise interceptările autorizate de judecător ale comunicărilor efectuate prin telefon dacă există indicii temeinice privind comiterea unei infracțiuni. Or, în speța respectivă Curtea a reținut că interceptarea convorbirilor nu făcuse obiectul unui control adecvat, în sensul unei autorizări prealabile din partea judecătorului sau al unui control ulterior de către un tribunal independent și imparțial, sau prin acordarea unor garanții care să asigure caracterul intact și complet al înregistrărilor efectuate. Similar prezentei cauze

⁸ Disponibilă în limba engleză la <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157368>.

(Nițulescu – n.a.), și atunci autorizarea interceptărilor a fost făcută de către procuror, în lipsa unui control subsecvent al unui tribunal independent și imparțial (par. 50 al hotărârii Nițulescu).

În aceste condiții, Curtea a constatat că atât probele au fost obținute în mod nelegal, cât și procedura în ansamblul ei nu a fost una echitabilă. Prin urmare, probele obținute nelegal sunt un indiciu de proces neechitabil, dar trebuie coroborate cu alte aspecte, nefiind suficiente prin ele însele (par. 57).

Sub aspectul probei cu interceptările efectuate, Curtea a arătat că, la momentul efectuării lor, acestea nu respectau standardul unui proces echitabil, întrucât înregistrarea conversațiilor nu a fost supusă unui control corespunzător, prin intermediul unei autorizații prealabile sau prin verificarea ulterioară de către un tribunal independent și imparțial, autorizația de înregistrare fiind dată de un procuror, fără o revizuire ulterioară de către un magistrat independent. Caracterul echitabil al procedurii a fost încălcat, se arată, și prin refuzul autorităților de a efectua demersuri efective pentru realizarea unei expertizări a suporturilor înregistrărilor, în condițiile în care apărarea le-a contestat permanent autenticitatea. La fel a fost apreciată atitudinea denunțătoarei, care a refuzat să prezinte suporturile deținute, precum și caracterul contradictoriu al declarațiilor acesteia.

Având în vedere toate aceste aspecte, Curtea a concluzionat că procedura în cazul reclamantei, în ansamblu, nu a îndeplinit cerințele un proces echitabil, obligând astfel Statul Român să plătească reclamantei 3.000 euro cu titlu de daune morale.

3. Remarci de final

Aplicarea fără rezerve a sancțiunii excluderii probelor obținute în mod nelegal rămâne, fără îndoială, o controversă inerentă oricărei practici judiciare penale. Această controversă derivă din mai multe aspecte.

Un prim aspect ar fi sacrificarea principiului aflării adevărului în cauza penală, în favoarea respectării acestei garanții esențiale a dreptului la un proces echitabil, dar și a unor drepturi protejate la nivel constituțional (de ex., dreptul la viață și la integritate fizică și psihică, dreptul la apărare). Adevărul judiciar cu siguranță nu mai poate fi stabilit în lipsa unor probe, de cele mai multe ori determinante pentru cauza pendinte, dar care se impun a fi excluse pentru că au fost obținute prin mijloace interzise de lege.

Un alt aspect ar fi modalitatea efectivă în care funcționează această sancțiune procedurală în procesul penal și efectele pe care le produce în mod concret. Doctrina și practica penală nu s-au pus încă de acord asupra efectelor imediate pe care le generează aplicarea sancțiunii: inadmisibilitatea *de plano* a probelor obținute nelegal sau constatarea într-o primă fază a nulității, prin asimilarea excluderii în regimul general al nulităților, urmată mai apoi de înlăturarea probei nelegal obținută, ca fiind lovită de nulitate absolută?

Credem, alături de alți autori⁹, că răspunsul la cea de-a doua controversă este unul simplu și clar: excluderea probelor trebuie privită ca un remediu autonom, distinct de nulitate (care, oricum, e limitativ prevăzută și guvernată de reguli proprii), recunoscut necesar pentru încălcarea art. 3 din Convenția europeană a drepturilor omului, alături de sancționarea penală a autorităților care au obținut și administrat probele într-un mod nelegal și de eventuale compensații financiare oferite celui împotriva căruia au fost utilizate probele.

În fine, controversa mai derivă și dintr-o lipsă de consens cu privire la excluderea automată a probelor indirecte, derivate din probele obținute cu încălcarea dispozițiilor legale. Cel mai bun exemplu în acest sens este cauza *Gäfgen c. Germaniei*, analizată anterior.

Potrivit unor autori, probele indirecte ar trebui excluse doar cu ocazia constatării unor încălcări extrem de grave ale drepturilor omului, precum supunerea la tortură sau atingeri serioase aduse demnității umane. Alți autori, din contră, sunt adepții relației de dependență strictă dintre probele inițial obținute în mod nelegal și probele derivate din acestea, de aceea sunt în favoarea excluderii totale din probatoriu, pe baza doctrinei fructelor pomului otrăvit¹⁰.

Mai mult, rămâne neelucidată problema de a ști dacă pot face obiectul excluderii probele constând în declarațiile martorilor în acuzare pe care un inculpat nu a avut posibilitatea să le conteste la momentul când acestea au fost date în fața organelor judiciare, ele servind ulterior drept temei al condamnării.

Aparent, și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care ar trebui „să lumineze ca un far în diferendele europene în materia drepturilor omului, și-a pierdut calea”¹¹.

Această afirmație pesimistă rezidă în faptul că analiza jurisprudenței recente a Curții Europene a Drepturilor Omului în materia încălcării art. 6, constând în neînălțurarea probelor obținute în mod nelegal, demonstrează că instanța de la Strasbourg nu a reușit să adopte o poziție fermă și convingătoare referitoare la raportul dintre art. 3 și dreptul la un proces echitabil garantat de art. 6 al Convenției.

Deși art. 3 a fost apreciat în mod deosebit de Curte, întrucât „consacră una dintre valorile fundamentale într-o societate democratică”¹², valoarea sa absolută ar putea fi relativizată chiar de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, întrucât aceasta a condus la concluzia că, pe de o parte tortura, pe de cealaltă parte, tratamentele inumane sau degradante, ar putea avea implicații diferite asupra echității procedurii. În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului

⁹ D. Ionescu, *Gäfgen c. Germania: un moment de reflecție și multe întrebări*, în *Caiete de Drept Penal* nr. 4/2012, p. 21.

¹⁰ A se vedea S.-C. Thaman (ed.), *op. cit.*, p. 272.

¹¹ A. Ashworth, *The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence*, în volumul *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, editat de Paul Roberts și Jill Hunter, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 160.

¹² CEDO, cauza *Jalloh c. Germaniei* (11 iulie 2006), par. 99.

s-au infiltrat astfel o serie de inconsistențe cu privire la forța drepturilor edictate de Convenție.

Având în vedere toate aceste controverse, problema excluderii probelor obținute în mod nelegal în procesul penal rămâne în continuare deschisă analizei doctrinare și dezbaterilor practicienilor dreptului penal, întrucât, deși la nivel teoretic această sancțiune pare a funcționa fără reproș, în practică aplicarea ei a generat soluții dintre cele mai neașteptate și greu de digerat, atât din partea instanțelor naționale, cât și a Curții Europene a Drepturilor Omului.

10.

Principii de bază ale fiscalității – Considerații generale –*

Asist. univ. dr. Sorina DOROGA**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

An analysis of the general principles of taxation is an essential endeavour in any attempt to understand the workings of a tax system. Their importance lies in their dual nature: principles are, on one hand, general legal norms which serve to guide the interpretation of other norms in the system; on the other hand, they encapsulate objectives, purposes which orientate the fiscal policy of the state and public policies, in general. The present paper discusses the five most widely-recognized principles of taxation (equity and fairness, certainty and simplicity, effectiveness, neutrality and efficacy), which are analyzed both from the standpoint of their effects as general legal norms, as well as from the perspective of the objectives of fiscal policy.

Keywords: *Principles of taxation – Equity and fairness – Certainty and simplicity – Effectiveness – Neutrality – Efficacy – Fiscal policy*

Rezumat

O analiză a principiilor generale ale fiscalității constituie o preocupare esențială pentru orice încercare de înțelegere a mecanismelor unui sistem fiscal. Importanța lor rezidă în natura lor duală: pe de o parte, principiile sunt norme juridice generale care servesc interpretării altor norme din sistem; pe de altă parte, ele reprezintă obiective, scopuri care orientează politica fiscală a statului și celelalte politici publice. Prezenta lucrare tratează cele cinci principii ale fiscalității menționate cel mai adesea în literatura de specialitate (echitate și justețe, certitudine și simplitate,

* Această lucrare a fost realizată în cadrul proiectului POSDRU/159/1.5/S/133255, ID Proiect 133255 (2014), cofinanțat din Fondul social european prin intermediul Programului operațional sectorial „Dezvoltarea resurselor umane 2007-2013”.

** sorina.doroga@e-uvt.ro.

efectivitate, neutralitate și eficiență). Ele sunt analizate atât din perspectiva efectelor lor în calitate de norme juridice generale, cât și din perspectiva obiectivelor de politică fiscală.

Cuvinte-cheie: *principiile fiscalității; echitate și justețe; certitudine și simplitate; efectivitate; neutralitate; eficacitate; politică fiscală*

1. Câteva remarce introductive privind principiile fiscalității

Principiile generale ale sistemelor fiscale au o dublă natură: ele reprezintă în același timp o categorie de norme¹ și deziderate ale sistemului. Norme, deoarece constituie linii directoare de interpretare a celorlalte norme din sistem, bucurându-se de caracteristicile specifice principiilor – generalitate și capacitatea de a completa vidurile normative. Totodată, ele reprezintă deziderate, obiective care orientează politica fiscală: sistemul trebuie construit (sau reformat) astfel încât efectul aplicării normelor să fie acela al respectării obiectivelor precum neutralitatea și echitatea fiscală. Prin urmare, aceste concepte fundamentează construcția regulilor din sistem și în același timp ghidează, prin interpretare conformă, aplicarea lor². De altfel, literatura de specialitate din ultimii ani care abordează problema celor mai bune practici de legiferare în materie fiscală³ s-a concentrat din ce în ce mai mult asupra așa-numitei „legislații bazate pe principii” („*principles-based legislation*” sau *PBL*)⁴.

¹ De tipul standardelor avute în vedere în distincția lui Dworkin între reguli și standarde. A se vedea, în acest sens, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, New York, 2013, p. 39 și urm.

² Există și opinii care susțin că principiile generale trebuie să fie privite întotdeauna în mod distinct față de noimele-obiectiv (*purpose clauses*), care servesc la interpretarea celorlalte norme în conformitate cu obiectivele generale ale sistemului. A se vedea, în acest sens, J. Freedman, *Improving (Not Perfecting) Tax Legislation: Rules and Principles Revisited*, în *British Tax Review* nr. 6 din 2010, p. 723; de asemenea, B. Drummond, *A Purposive Approach to the Drafting of Tax Legislation*, în *British Tax Review* nr. 6 din 2006, p. 669 și urm.

³ J. Freedman, *op. cit.*, p. 717.

⁴ A se vedea G. Pinder, *The Coherent Principles Approach to Tax Law Design*, Australia, Treasury Economic Roundup (Autumn), 2005, material disponibil online la adresa http://archive.treasury.gov.au/documents/987/HTML/docshell.asp?URL=07_coherent_principles.asp.

Descrierea lui Pinder surprinde în mod elocvent esența ideii expuse mai sus: „Principiul este o afirmație în legătură cu un rezultat vizat într-un domeniu general. Unii autori s-au concentrat asupra gradului de specificitate ca fiind trăsătura care delimitează principiul de regulile care constituie dreptul scris. Însă principiile nu sunt doar reguli mai puțin specifice; ele sunt afirmații cu privire la esența tuturor rezultatelor avute în vedere în câmpul lor general de aplicare. Atunci când un principiu funcționează, el funcționează deoarece esența pe care o înglobează este înțeleasă de cititori la un alt nivel decât cel intelectual abstract; ele înseamnă ceva pentru cititori deoarece se bazează pe înțelegerea lor asupra realității. Abordarea pe baza principiilor coerente are ca scop crearea de norme exprimate în astfel de principii. Un principiu, în acest context, (i) reprezintă o regulă legislativă operațională, (ii) precizează rezultatul, mai degrabă decât

În Marea Britanie, de pildă, Tax Law Reform Committee (TLRC)⁵ și John Avery Jones⁶ propuneau în 1996 un sistem de legislație fiscală pe două nivele: legislația fiscală primară, alcătuită din principii generale, care să formeze un cadru în jurul căruia să poată fi adăugate diverse „straturi” de detaliu, prin intermediul legislației secundare⁷. Ideea era aceea de a reduce complexitatea legislației fiscale (caracteristică ce conduce adesea la inaccesibilitatea normei) și, de asemenea, de a limita posibilitățile de „deturnare” a sensului avut în vedere de către legiuitor prin utilizarea excesivă de legislație secundară detaliată care se îndepărtează de scopurile inițiale ale normei⁸.

În ceea ce privește dezavantajele unei astfel de abordări, unul dintre argumentele aduse în doctrină vizează ambiguitatea principiilor generale⁹, o caracteristică dată atât de multiplele lor fațete de sensuri, cât și de judecățile de valoare specifice fiecărui sistem, care pot influența conținutul principiilor. Din acest motiv, substanța fiecărui principiu este strâns legată de „culoarea locală” a sistemului național și de tradițiile juridice și culturale specifice acestuia. Desigur că există un nucleu de sens comun, recunoscut în mod universal (asupra acestuia se concentrează prezenta lucrare), însă există în același timp și „o penumbră de incertitudine”¹⁰ care poate face obiectul unei analize separate.

Pentru sistematizarea principiilor generale ale fiscalității, voi prelua în cele ce urmează structura alcătuită de specialistul australian Duncan Bentley, deoarece aceasta reunește, chiar dacă sub formulări sau grupări diferite, regulile de bază discutate în literatura de specialitate¹¹. Cu toate acestea, merită menționate la

mecanismul prin care acesta este atins și (iii) exprimă rezultatul la cel mai înalt nivel posibil, fără a enumera o listă de rezultate pentru fiecare caz imaginabil” (tr. n.).

⁵ Tax Law Reform Committee (TLRC), *Interim Report on Tax Legislation*, 1995, material disponibil online la adresa <http://www.ifs.org.uk/comms/comm51.pdf>, p. 28 și urm.

⁶ J.F. Avery Jones, *Tax Law: Rules or Principles?*, în *British Tax Review*, Sweet & Maxwell, Londra 1996, p. 580 și urm.

⁷ În același sens, a se vedea și J. Freedman, *op. cit.*, p. 719.

⁸ *Idem.*

⁹ K. Messere, *Tax Policy in OECD Countries – Choices and Conflicts*, IBFD Publications, Amsterdam 1993, p. 110.

¹⁰ D. Bentley, *Taxpayers’ Rights: Theory, Origin and Implementation*, Kluwer Law International, 2007, p. 64.

¹¹ O altă diviziune relevantă este cea făcută de D.P. O’Brien și J. Creedy în *Taxation and the Promotion of Human Happiness: An Essay by George Warde Norman*, pe baza lucrării lui Norman, *Essay on Taxation*. O’Brien și Creedy abordează „calitățile” impozitării dintr-o perspectivă tehnică, referindu-se la cerințele pe care trebuie să le respecte regulile fiscale. În realitate, calitățile identificate de ei pot fi subsumate principiilor generale, așa cum au fost sistematizate de Bentley; cele dintâi se concentrează însă asupra conținutului material, „tehnic” al regulii: (1) ușurință în calculare (*computability*), (2) simplitate, (3) economie/frugalitate în colectare, (4) stabilitate (*constancy*), (5) divizibilitate, (6) popularitate, (7) non-interferență/neutralitate, (8) egalitate, (9) incoruptibilitate, (10) intruziune minimă și (11) ineluctabilitate – D.P. O’Brien, J. Creedy, *op. cit.*, pp. 21-71.

acest punct clasicele „canoane ale fiscalității” identificate de Adam Smith în lucrarea sa de temelie pentru întregul domeniu fiscal, „*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”¹², de la care pornesc, practic, toate clasificările și teoretizările principiilor generale din doctrina fiscală contemporană. Acestea sunt următoarele: egalitate¹³, certitudine, conveniența plății („fiecare impozit ar trebui să fie perceput la momentul sau în modalitatea care este cea mai convenabilă pentru contribuabil” – *tr. n.*) și colectare economică/eficientă. Prezentarea detaliată care urmează pornește de la canoanele lui Adam Smith, fiind structurată cu câteva diferențe față de diviziunea clasică.

2. Echitate și justețe¹⁴

Principiul echității a fost recunoscut încă din vremea primelor teoretizări ale raporturilor dintre stat și indivizi în general și a raporturilor fiscale, în particular. În opinia lui Adam Smith „subiecții fiecărui stat trebuie să contribuie la sprijinirea guvernului, pe cât posibil în mod proporțional cu abilitățile lor; adică proporțional cu veniturile de care se bucură sub protecția statului”¹⁵, sau (pentru cei bogați) „chiar cu ceva mai mult decât acea proporție”¹⁶ (*tr. n.*). În abordarea modernă a fiscalității, esența acestui principiu poate fi înțeleasă prin trei componente¹⁷: (i) design-ul sistemului fiscal ar trebui să țină seama de echitate pe verticală și pe orizontală; (ii) este important ca populația să perceapă sistemul fiscal ca fiind just (*fair*); (iii) în cazul raporturilor cu element de extraneitate, trebuie avută în vedere echitatea inter- sau trans-națională.

Referindu-ne la prima componentă, din perspectiva contribuabilului, echitatea și justețea sistemului fiscal se traduc prin două reguli majore. În primul rând, normele fiscale trebuie să confere un tratament asemănător persoanelor aflate în situații asemănătoare (echitate orizontală sau regula non-discriminării). În al doilea rând, este necesar ca sistemul să prevadă o alocare justă, diferențiată a sarcinilor fiscale pentru persoanele aflate în situații diferite (echitate verticală)¹⁸. Deși, la o primă vedere, regulile de mai sus par a fi ușor de urmărit, în practică există adesea situații cu „coloratură mixtă”, în care echitatea se dovedește un obiectiv greu de atins. De pildă, unele măsuri care promovează echitatea orizontală între două categorii de contribuabili ar putea crea situații inechitabile cu privire la o a treia categorie¹⁹. Un exemplu de acest tip la care se face adesea referire în doctrină

¹² A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, editată de E. Cannan, Methuen, Londra, 1950.

¹³ Principiul egalității identificat de Smith a fost înglobat în sistemele fiscale moderne și în doctrina actuală în conceptul mai larg de echitate (pe orizontală și pe verticală), cuprinzând și regula intrinsecă a non-discriminării.

¹⁴ Termenul de „*fairness*” a fost tradus prin „justețe”, cel mai apropiat din limba română, deși sensul lui „*fairness*” este mai larg decât cel al cuvântului „justețe”, incluzând o componentă etică mai pronunțată. Pe tot parcursul prezentei lucrări, cititorul este rugat să înțeleagă referirile la „justețea” regulilor/sistemului fiscal ca incluzând și subtilitățile semantice ale lui „*fairness*”.

¹⁵ Smith se referă la acest principiu ca „prima regulă a impozitării” („*the first canon of taxation*”). – A. Smith, *op. cit.*, p. 310.

¹⁶ *Ibidem*, p. 327.

¹⁷ Conform lui D. Bentley, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ K. Messere, *op. cit.*, p. 111.

este cel al impozitării veniturilor persoanelor căsătorite și necăsătorite. Tratatul echitabil și non-discriminatoriu al acestor două categorii ar putea să producă o serie de efecte inechitabile în cazul căsătoriilor cu o singură sursă de venit în comparație cu situația căsătoriilor cu două surse de venit²⁰.

În doctrina de specialitate au fost analizate în detaliu semnificațiile echității și aplicarea principiului în practică, prin perspectivele la care se pot raporta statele²¹. O primă problemă este aceea de a stabili pe baza căror criterii se evaluează similitudinea (egalitatea) situațiilor. Termenul de „egalitate” se referă la egalitatea veniturilor, a cheltuielilor, a averii, a utilității individuale sau o combinație a acestor factori? De asemenea, echitatea unei măsuri fiscale nu poate fi evaluată *in vacuo*²², ci trebuie să se raporteze atât la situația distribuției veniturilor anterior aplicării măsurii, cât și la efectul pe care aplicarea sa îl va genera. În acest sens, un element de care trebuie să se țină seama este scopul legislației. Dacă scopul legislației fiscale este acela de a menține distribuția veniturilor, atunci măsura va fi echitabilă și justă dacă în urma aplicării ei se atinge obiectivul colectării de fonduri, fără a se modifica „balanța” dintre membrii populației. Dacă, dimpotrivă, redistribuirea veniturilor constituie un obiectiv al legislației fiscale (pe lângă colectarea de fonduri), atunci va fi necesară construirea măsurii pe un alt tip de structură²³. Ne reîntoarcem deci la afirmația inițială legată de ambiguitatea sensului principiilor, care, după cum spuneam, depinde de particularitățile abordării naționale.

În ceea ce privește echitatea, două criterii au fost cel mai adesea utilizate ca repere în sistemele naționale. Primul criteriu îl constituie abordarea bazată pe beneficii (*the benefit approach*), iar cel de-al doilea, capacitatea de a plăti (*the ability-to-pay approach*). Conform primului criteriu, pentru a construi un sistem fiscal echitabil, ar fi necesar să verificăm întâi cine sunt beneficiarii principali ai veniturilor colectate de stat – în favoarea căror categorii se fac majoritatea cheltuielilor angajate din fondurile colectate prin impozitare? Cine primește cel mai ridicat grad de protecție din partea statului? Dacă este vorba despre cei bogați, atunci într-un sistem echitabil aceștia ar trebui (și pot) să plătească impozite mai mari decât cei săraci – vorbim în acest caz de un sistem de impozitare progresivă. Dacă principalii beneficiari sunt cei săraci, atunci aceștia din urmă ar trebui să fie impozitați mai puternic decât cei bogați (sistem de impozitare regresivă). Dificultățile unei astfel de abordări sunt ușor de observat, mai ales în contextul așa-numitului *welfare state*, în care scopul măsurilor fiscale nu este doar acela de a colecta fonduri pentru a satisface cheltuielile publice, ci și de a realoca unele venituri către anumite categorii aflate în nevoie. În astfel de cazuri, o politică de acest tip ar conduce la situații absurde. Ea este totuși aplicată în cazul unor impozite cu destinație specială, care vizează doar anumite sectoare de activitate și

²⁰ A se vedea, pentru o discuție pe larg asupra factorilor avuți în vedere, K. Messere, *op. cit.*, p. 252 și urm.

²¹ S. James, C. Nobes, *The Economics of Taxation: Principles, Policy and Practice*, ed. 1996/97, Pentrice Hall Europe 1996, p. 78 și urm.

²² *Ibidem*, p. 78.

²³ *Idem*.

categorii de contribuabili. În aceste domenii, abordarea bazată pe beneficii se dovedește utilă, pentru că ea include atât măsurile de impozitare, cât și deciziile legate de cheltuielile publice²⁴.

Alternativa la această abordare o reprezintă criteriul capacității de plată (*ability-to-pay*), a cărui analiză trebuie să pornească de la elementele în funcție de care este evaluată capacitatea de plată a contribuabilului. Cel mai adesea, elementul principal luat în considerare este venitul, însă există și opinii conform cărora mai degrabă nivelul cheltuielilor sau averea ar trebui avute în vedere. În această opinie predominantă, problema care apare este cea a surselor care trebuie incluse în categoria veniturilor. Trebuie incluse aici și veniturile din investiții, din donații și jocuri de noroc? Dacă da, atunci o legislație fiscală echitabilă trebuie să găsească formule de a reflecta aceste câștiguri în baza impozabilă în cazul persoanelor cu venituri din surse mixte. O astfel de legislație trebuie să aibă în vedere și evitarea dublei impozitări pentru categoriile pentru care de regulă sunt instituite impozite speciale. Concluzionând cu privire la prima componentă a principiului echității și justiției, reținem că abordarea cel mai des întâlnită în politicile fiscale este cea bazată pe capacitatea de plată (*ability-to-pay*), care are ca reper principal nivelul veniturilor individuale.

Cea de-a doua componentă a principiului discutat vizează percepția publicului larg asupra sistemului fiscal. În măsura în care sistemul fiscal este perceput ca injust sau inequitabil, acest fapt poate genera diverse probleme. În cazurile extreme, putem avea de-a face cu mișcări sociale de mare amploare, de tipul revoltelor și revoluțiilor²⁵ (deși, de regulă, astfel de fenomene au la bază un cumul de factori, între care fiscalitatea inequitabilă este doar unul). Mai puțin dramatic, dar mult mai des întâlnit, este fenomenul evaziunii și al altor forme de „rezistență” din partea contribuabililor, care tinde să crească în sistemele fiscale percepute ca inequitabile. În astfel de sisteme, percepția inequității are ca efect consolidarea unor atitudini generale „permissive” față de comportamentele de neconformare (fie sub forma evitării impozitării sau evaziunii), ceea ce poate conduce la o creștere exponențială a ratei de neconformare. O altă observație interesantă este că însăși existența unor „breșe” în sistem, care facilitează evitarea și evaziunea, poate constitui un factor pentru crearea unei percepții de inequitare asupra sistemului²⁶.

Cel mai adesea, percepția asupra echității sistemului este influențată de modalitatea de implementare a normelor fiscale și de drepturile procedurale de care se bucură contribuabilii în raport cu autoritățile. Acest aspect se referă la noțiunea denumită în literatură ca *administrative fairness* (justițe administrativă)²⁷. Un sistem care cuprinde reguli pentru acordarea de asistență contribuabililor în respectarea obligațiilor lor și care permite contestarea deciziilor fiscale va fi perceput întotdeauna ca fiind echitabil și just, în comparație cu un sistem care nu prevede astfel de remedii.

²⁴ *Ibidem*, p. 80.

²⁵ De pildă, revoluțiile franceză și americană. A se vedea și S. James, C. Nobes, *op. cit.*, p. 78.

²⁶ S. James, C. Nobes, *op. cit.*, p. 102.

²⁷ *Ibidem*, p. 99.

Cea de-a treia componentă a principiului echității și justeții se referă la raporturile internaționale sau cu elemente internaționale, vizând o diviziune echitabilă a veniturilor obținute din impozitare între state. În acest sens, pentru contribuabili este importantă adoptarea unor măsuri negociate sau unilaterale care să aibă drept scop nu doar prevenirea eludării impozitării și evaziunii, dar și evitarea (sau cel puțin ameliorarea) situațiilor de dublă impozitare. În acest domeniu, regulile din sistemele fiscale naționale au fost suplimentate de o rețea de tratate internaționale de evitare a dublei impunerii, în principal bazate pe modele create sub umbrela Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică²⁸. Cu privire la această componentă a principiului echității, doctrina arată că „statele au o responsabilitate nu doar de a-și proteja propriile surse de venituri, dar și de a-și proteja contribuabilii în acest demers, împotriva altor state. Cu alte cuvinte, nu este suficient ca o jurisdicție să-și afirme pur și simplu dreptul de a impozita. Pentru aplicarea pe deplin a echității inter-națiuni, este necesar ca aceasta să asigure existența unei protecții adecvate pentru contribuabilii care sunt obligați să plătească impozite”²⁹ (*tr. n.*).

3. Certitudine și simplitate

Principiul certitudinii și simplității obligațiilor fiscale este adânc înrădăcinat în aproape toate sistemele naționale, însă respectarea lui constituie, în același timp, una dintre cele mai mari provocări. Acest principiu are un impact major asupra drepturilor contribuabililor și constituie o premisă importantă pentru exercițiul efectiv al drepturilor.

Componentele acestui principiu conjunct sunt următoarele: (i) normele fiscale să nu fie arbitrare; (ii) normele fiscale să fie atât de clare și simple pe cât îngăduie complexitatea subiectului reglementat, astfel încât să permită contribuabililor să anticipeze consecințele fiscale ale unei tranzacții, inclusiv de a ști când, unde și cum este datorat impozitul; (iii) procesul de legiferare și de implementare a normelor fiscale trebuie să fie guvernate de transparență și vizibilitate³⁰.

Conform primei componente a principiului, normele fiscale trebuie să nu fie arbitrare, ceea ce înseamnă, în cuvintele lui Adam Smith că „impozitul pe care individul este obligat să îl plătească trebuie să fie cert, și nu arbitrar. Termenul de plată, modalitatea de plată și cuantumul trebuie să fie clare și simple, atât pentru contribuabil, cât și pentru oricine altcineva”³¹ (*tr. n.*).

Pentru ca sarcina fiscală să nu fie arbitrară, este necesar ca norma care o instituie să fie clară și precisă, cu alte cuvinte, certă. Însă aceasta nu înseamnă

²⁸ A se vedea, în acest sens, modelul Organizației de Cooperare și Dezvoltare Economică de Convenție de evitare a dublei impunerii – *OECD Model Tax Convention*, disponibil online la adresa <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, cu modificările ulterioare.

²⁹ D. Bentley, *op. cit.*, p. 67.

³⁰ *Idem.*

³¹ A. Smith, K. Suntherland, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, ediție selectivă, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 452.

întotdeauna că respectiva normă va avea și calitatea de a fi simplă³². De altfel, cele două atribute intră de multe ori în conflict, după cum vom vedea din discuțiile de mai jos privind cea de-a doua componentă a principiului. Ambele sunt însă esențiale pentru respectarea drepturilor contribuabililor și facilitarea îndeplinirii obligațiilor fiscale³³.

Deși certitudinea și simplitatea normei fiscale sunt două atribute analizate de regulă împreună, nu este întotdeauna clar care este conținutul acestui dublu principiu. De pildă, conform unei comunicări a Comisiei Europene privind comerțul electronic și impozitarea indirectă a operațiunilor de acest tip, „regulile trebuie să fie certe și conformarea trebuie să fie pe cât posibil simplificată, pentru a evita plasarea de sarcini nejustificate asupra întreprinderilor”³⁴ (*tr. n.*). Din abordarea Comisiei Europene rezultă că principiul certitudinii vizează conținutul normei, în vreme ce simplitatea se referă la conformarea la normă. Acest aspect devine evident chiar din modul în care cei doi termeni sunt tratați în același document: „Certitudinea juridică permite desfășurarea comerțului într-un mediu în care regulile sunt clare și consecvente, reducând riscul unor sarcini fiscale și dispute imprevizibile. Simplitatea este necesară pentru a păstra costurile de conformare la minim.”³⁵ (*tr. n.*)

Spre deosebire de abordarea de la nivelul Uniunii Europene, un raport similar cu privire la condițiile-cadru de impozitare a comerțului electronic întocmit de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică cuprinde precizări privind principiile generale de fiscalitate care ar trebui aplicate acestor operațiuni, conturând principiul certitudinii și simplității după cum urmează: „Normele fiscale ar trebui să fie clare și simple de înțeles, astfel încât contribuabilii să poată anticipa consecințele fiscale înaintea unei tranzacții, inclusiv să știe când, unde și cum trebuie plătit impozitul”³⁶ (*tr. n.*). Un raport al Marii Britanii pe aceeași temă a comerțului electronic include referințe similare celor din raportul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, menționând că „regulile privind impozitarea comerțului electronic trebuie să fie clare și simple, pentru ca întreprinderile să poată anticipa, pe cât posibil, consecințele fiscale ale tranzacțiilor în care se angajează”³⁷ (*tr. n.*). Prin urmare, în această a doua perspectivă asupra principiului în discuție, atributul simplității nu se referă doar la mijloacele de conformare, ci

³² A se vedea J. Prebble, *Why is Tax Law Incomprehensible?*, în *British Tax Review*, Sweet & Maxwell, Londra 1994, p. 381 și urm.

³³ D. Bentley, *op. cit.*, p. 68.

³⁴ Comisia Europeană, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee – Electronic Commerce and Indirect Taxation*, Com (1998) 374 final, 17 iunie 1998, p. 7.

³⁵ *Ibidem*, p. 2.

³⁶ OCDE, *Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions – A Report by the Committee on Fiscal Affairs, as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, “A Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce” on 8 October 1998*, material disponibil online la adresa <http://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>, p. 4.

³⁷ Inland Revenue and HM Customs and Excise, *Electronic Commerce: The UK’s Taxation Agenda*, 1999 UK Report, Londra, par. 2.9., *apud* D. Bentley, *op. cit.*, p. 68.

chiar la conținutul normelor fiscale care trebuie să fie, în același timp, certe și simple.

Implementarea practică în legislația fiscală a acestui deziderat este cu atât mai dificilă cu cât, de regulă, nivelul de complexitate al normei este direct proporțional cu complexitatea tranzacțiilor pe care le reglementează. Atunci când tranzacțiile sunt extrem de complexe, cea mai mare provocare la care legiuitorul este obligat să răspundă este trasarea unor reglementări clare (certe), care să acopere toate modulațiile operațiunilor avute în vedere. Preocuparea pentru simplitatea regulii cade astfel în planul doi față de certitudinea sa. În ciuda acestor eforturi, adesea o normă complexă devine certă în timp, pe măsură ce cazuistica se dezvoltă și regula este interpretată și aplicată la situații diverse³⁸. Această evoluție contribuie și mai mult la creșterea complexității normei, în detrimentul simplității. În realitate, și aici problema care se pune este aceea de a acorda prevalență unui principiu față de altul din același sistem, ceea ce ne conduce la jocul de principii la care făcea referire Dworkin³⁹. Voi trata detaliat cele două atribute – certitudine și simplitate – pentru a trasa mai precis conținutul fiecăruia dintre ele și pentru a analiza modul în care ele interacționează la nivelul sistemului fiscal.

3.1. Certitudinea normelor fiscale

Așa cum am arătat mai sus, certitudinea normelor fiscale presupune înlăturarea, pe cât posibil, a ambiguității. Contribuabilii trebuie să poată cunoaște cu precizie, pe baza normelor în vigoare, când și unde datorează impozit, care este modalitatea de calcul al impozitului și cum trebuie acesta să fie achitat⁴⁰. Regulile din sistem trebuie să permită contribuabililor să determine care este baza impozabilă și care este cota de impozitare aplicabilă acesteia. De asemenea, ei trebuie să poată prevedea sarcinile fiscale care le revin, având în vedere natura operațiunilor în care se angajează. În acest punct, se impune o precizare: în măsura în care sarcina fiscală depinde de calificarea dată unei anumite operațiuni, atunci certitudinea regulii fiscale este influențată de modul și măsura în care respectiva operațiune poate fi încadrată și apreciată ca tranzacție impozabilă. Dacă încadrarea operațiunii depinde de criterii subiective, certitudinea regulii va avea de suferit⁴¹.

Privită în termeni generali, certitudinea normei presupune îndeplinirea unui set de condiții care permit subiectelor de drept să anticipeze cu exactitate consecințele juridice asociate unor stări de fapt. Un reper potrivit în acest sens l-ar putea constitui setul lui Fuller de opt deziderate care trebuie să ghideze emiterea normelor juridice într-un stat de drept⁴². Deși Fuller tratează aceste condiții în

³⁸ D. Bentley, *op. cit.*, p. 68.

³⁹ A se vedea *supra*, nota 2.

⁴⁰ În acest sens, a se vedea AICPA (American Institute of Certified Public Accountants), *Guiding Principles of Good Tax Policy: A Framework for Evaluating Tax Proposals*, New York, Martie 2001, p. 9 și urm.

⁴¹ *Idem*.

⁴² A se vedea L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven/London, 1977, pp. 124-125.

lumina principiului legalității, ele se pretează și pentru analiza principiului certitudinii juridice⁴³. Astfel, potrivit lui Fuller, o primă condiție pentru asigurarea legalității și certitudinii este cea a generalității normelor, care contribuie în mod evident la crearea unui climat de securitate juridică. Cea de-a doua cerință este aceea de a face normele cunoscute destinatarilor lor – de a le publica, astfel încât oricare dintre indivizi să aibă acces la ele. Publicarea normei fiscale permite contribuabililor să anticipeze efectele conduitelor lor și, de asemenea, facilitează îmbunătățirea legislației, care poate fi astfel supusă eventualelor critici. În al treilea rând, Fuller insistă asupra evitării retroactivității normelor juridice, întrucât aceasta contribuie la „destabilizarea” sistemului și afectează în mod grav predictibilitatea și expectanțele legitime ale destinatarilor. Fuller recunoaște că există situații în care retroactivitatea, ca măsură excepțională, poate fi necesară (de pildă, pentru prevenirea unor consecințe injuste ale aplicării legii sau pentru corectarea erorilor), însă insistă asupra unei aplicări precaute a acestui tip de legislație⁴⁴. O a patra cerință vizează claritatea normei, care este esențială pentru ghidarea și controlarea conduitei umane. În strânsă legătură cu claritatea sunt și următoarele două cerințe – a cincea și a șasea: în al cincilea rând, respectarea normei trebuie să nu conducă la conduite contradictorii și în al șaselea rând să nu conducă la conduite imposibile (respectarea normei trebuie să fie posibilă) – criterii de la sine înțelese. Al șaptelea criteriu se referă la faptul că norma trebuie să se bucure de stabilitate, deoarece modificările legislative frecvente creează confuzie și incertitudine în rândul populației. De fapt, atât cerința neretroactivității, cât și cea a stabilității vizează consecvența legiuitorului. Inconsecvența legislativă are un impact negativ direct și major asupra previzibilității efectelor normelor și, deci, asupra certitudinii juridice. Al optulea criteriu al lui Fuller nu vizează norma în sine (așa cum este cazul primelor șapte), ci se referă la congruența dintre acțiunile de legiferare și de administrare: pentru a menține dezideratul certitudinii juridice, este necesar ca autoritățile statului să acționeze ele însele în conformitate cu regulile impuse. Acest ultim criteriu vizează deci aplicarea normelor, iar nu „construirea” lor (legiferarea).

Având în vedere numeroasele criterii pe care legislația trebuie să le îndeplinească pentru a respecta imperativul certitudinii juridice, capcanele de tehnică legislativă nu sunt puține și adeseori produc efecte contraintuitive. Astfel, într-un raport din 2004, Guvernul australian identifica o serie de probleme decurgând din încercarea de a acoperi, prin normele juridice, o sferă cât mai largă de situații de fapt:

„În anii '80 și '90, legislația fiscală prevedea tot mai în detaliu modalitatea de aplicare a legii în diverse situații de fapt. Acest lucru era privit ca dezirabil deoarece contribuabilii își doresc în mod evident un grad cât mai ridicat de certitudine cu privire la modul în care legea se va aplica în situația lor particulară. Deși abordarea

⁴³ H. Gribnau, *Equality, Legal Certainty and Tax Legislation in the Netherlands – Fundamental legal Principles as Checks on Legislative Power: A Case Study*, în *Utrecht Law Review*, vol. 9, nr. 2 din martie 2013, p. 70.

⁴⁴ *Idem*.

«detaliată» a legislației oferă într-adevăr certitudine juridică atunci când o anumită situație intră direct sub incidența regulii, normele construite în acest mod nu pot anticipa niciodată toate împrejurările în care s-ar putea găsi fiecare dintre contribuabili.

Data fiind varietatea de circumstanțe, acoperirea unui număr cât mai mare de situații de fapt în asemenea detalii este probabil să conducă la adoptarea de legislație amplă și complicată. Situațiile complexe nu sunt ușor de clarificat prin elaborarea de norme, cel puțin nu fără a genera legislație mult prea amplă. Într-adevăr, prin introducerea de granițe suplimentare între conceptele juridice, se creează premisele pentru apariția ambiguității și incertitudinii. Normele lungi și detaliate pot de asemenea să facă mult mai dificilă înțelegerea rațiunilor de politică legislativă și deci să crească riscul interpretării legii de către instanțe într-o manieră care nu a fost avută în vedere de Parlament. Atunci când o normă scrisă are un grad de specificitate extrem de ridicat, apariția unor noi împrejurări poate genera viduri legislative și situații de inechitate, pentru corectarea cărora este necesară adoptarea de nouă legislație specifică și așa mai departe.⁴⁵ (tr. n.)

Paragraful redat mai sus surprinde cu acuratețe problemele majore pe care le generează încercarea de a acoperi toate variațiile posibile ale unei situații de fapt sub umbrela legislativă. Astfel, cu cât legislația va fi mai detaliată (în efortul de acoperi mai mult și de a fi certă), cu atât ea va scăpa din vedere o serie de împrejurări posibile, dar neanticipate, pentru reglementarea cărora va fi apoi necesară emiterea de legislație suplimentară, care va spori și mai mult complexitatea normativă. Practic, efortul de a legifera cu cel mai înalt grad de certitudine creează un cerc normativ vicios în care, în cele din urmă, obiectivele certitudinii și simplității au cel mai mult de suferit. În schimb, o legislație sumară poate avea efect contrar, putând da naștere unor interpretări diferite din partea destinatarilor normelor, precum și din partea autorităților chemate să aplice legea fiscală, ajungându-se ca acestea să „construiască norme”, așa cum am arătat mai sus, cu notă critică. Un posibil răspuns la provocările de mai sus ar putea fi legislația bazată pe principii – un curent discutat îndelung în literatura de specialitate și care, deși nu este apărat de critici (deoarece s-a argumentat că această modalitate de legiferare încredințează autorităților fiscale o marjă de apreciere prea largă), oferă avantajele stabilității, flexibilității și un mai mare grad de certitudine și simplitate.

3.2. Simplitatea normelor fiscale

Așa cum am anticipat deja, simplitatea normelor juridice (fiscale) este strâns legată de strategia adoptată de către legiuitor în ceea ce privește atingerea obiectivului certitudinii juridice. Volumul mare de legislație și modificările frecvente ale acesteia contribuie la crearea unei percepții de incertitudine în rândul contribuabililor. Cu toate acestea, așa cum s-a observat, problema majoră nu este

⁴⁵ Guvernul Australiei, *Report on Aspects of Income Tax Self-Assessment*, Can Print Communications Pty, Canberra, 2004, p. 66 – material disponibil online la adresa http://selfassessment.treasury.gov.au/content/_download/report/final_report.pdf (aprilie 2015).

atât volumul de legislație, cât mai degrabă complexitatea acesteia⁴⁶. Desigur că un anumit grad de complexitate este necesar pentru a exprima voința legiuitorului și pentru a evita vidurile legislative: „dreptul trebuie să fie precis și atotcuprinzător”⁴⁷. Cu toate acestea, dreptul fiscal și-a câștigat în general reputația de a fi o veritabilă „junglă juridică” în care păstrarea reperelor coerente și înțelegerea relațiilor dintre norme este de multe ori o sarcină dificilă chiar și pentru specialiști, fără să mai vorbim despre contribuabili. Însă, în realitate, aceștia din urmă sunt destinatarii normelor, ceea ce face extrem de importantă cerința de simplitate a sistemului – de accesibilitate.

Simplitatea constituie un criteriu extrem de larg care ghidează politicile fiscale, însă, așa cum s-a observat în doctrină, deși simplitatea este obiectivul invocat cel mai adesea, el este cel mai rar respectat⁴⁸. Simplitatea poate fi abordată din multiple perspective: la nivelul organizării sistemului fiscal (viziunea macro), la nivelul relațiilor dintre normele juridice sau chiar la nivelul conținutului normelor (viziunea micro). Din perspectiva relației cu alte principii care guvernează sistemul fiscal, am arătat deja că simplitatea este strâns legată de certitudinea juridică, însă adesea ea intră în conflict și cu principiul echității. De pildă, C. Sandford concluzionează că nu se poate stabili o ierarhie între principiile de bază ale sistemului fiscal, ci doar un „compromis practic”⁴⁹. Abordarea sa se concentrează asupra conținutului și terminologiei sistemului și evaluează impactul acestor parametri asupra costurilor de colectare – incluzând costuri administrative și de conformare⁵⁰.

În opinia altor autori⁵¹, complexitatea sistemului și a normelor juridice afectează, de regulă, în mod negativ, echitatea orizontală. Complexitatea costurilor de administrare poate determina încurajarea utilizării unor scheme complicate pentru a evita plata impozitelor. Astfel privită, problema complexității dă naștere nu doar unor costuri de administrare, ci și unor pierderi de venituri bugetare, prin crearea de oportunități pentru evitarea impozitării.

Privind principiul simplității în opoziție cu complexitatea, G.S. Cooper identifică trei surse principale de complexitate⁵²: exprimarea regulilor, alegerea sistemului fiscal și administrarea acestuia. În opinia acestui autor, cea mai bună metodă de simplificare depinde în mare măsură de cauza considerată ca determinând complexitatea. Astfel, în ceea ce privește regulile, poate fi considerată simplă o

⁴⁶ S. James, A. Lewis, F. Allison, *The Comprehensibility of Taxation: A Study of Taxation and Communications*, Avebury, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1997, p. 30 și urm.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ S. Surrey, G. Brannon, *Simplification and Equity as Goals of Tax Policy*, în William and Mary Law Review, nr. 9 din 1968, p. 915.

⁴⁹ C. Sandford, *Economics of Public Finance*, 3th ed., Pergamon Press, Oxford, 1987, p. 105 și urm.

⁵⁰ A se vedea și M. McKerchar, K. Meyer, S. Karlinsky, *Making Progress in Tax Simplification: A comparison of the United States, Australia, New Zealand and the United Kingdom*, ATAX, 7th International Tax Administration Conference, material disponibil pe www.ssrn.com, p. 369.

⁵¹ J. Slemrod, *Did the Tax Reform Act of 1986 Simplify Tax Matters?*, în Journal of Economic Perspectives, vol. 6 nr. 1 din 1992, pp. 45-57.

⁵² G.S. Cooper, *Themes and Issues in Tax Simplification*, în Australian Tax Forum, nr. 10 din 1993, pp. 417-460.

regulă care este previzibilă, clară, integrată bine în rândul celorlalte norme fiscale și consecventă (stabilă). O regulă simplă ar trebui să aibă costuri de conformare reduse și să fie ușor de administrat. În ceea ce privește alegerea sistemului fiscal, se observă că un sistem fiscal care cuprinde o largă varietate de taxe și impozite nu va putea fi niciodată simplu, deoarece va avea costuri mari de conformare și va fi în același timp dificil de administrat. Cu privire la administrarea sistemului fiscal, G.S. Cooper opinează că cea mai importantă cauză a complexității o constituie eforturile mari de a atinge certitudinea juridică, prin emiterea unui volum mare de reguli pentru a acoperi toate situațiile de fapt posibile. Aici sunt valabile toate observațiile referitoare la dezavantajele unei astfel de abordări, pe care le-am analizat în secțiunea privind certitudinea juridică.

Multiplele fațete ale principiului simplității au generat diverse abordări ale subiectului în doctrină. În viziunea doctrinară, preocuparea majoră ar trebui să fie găsirea unei metode de evaluare a gradului de simplitate/complexitate al sistemului sau al normei fiscale. Însă un astfel de demers permite, la rândul său, utilizarea de varii mijloace care, în mod previzibil, vor conduce la concluzii diferite. Unele încercări pornesc de la o „de-construire” a subiectului, pe baza întrebărilor: Simplu în ce sens? Simplu pentru cine? Simplu în ce măsură?⁵³ Alteori, se încearcă oferirea unor grile de evaluare, pe baza unor repere precum complexitatea conceptuală și semantică, limbajul utilizat în redactarea normei și stilul de prezentare, caracteristicile cititorului⁵⁴.

Aceste ultime perspective se referă mai degrabă la simplitatea normelor din sistem, atât prin raportare la relațiile lor cu alte norme, cât și la limbajul și stilul utilizat. În acest sens, se discută adesea despre variile metode de îmbunătățire a comprehensibilității generale a normei fiscale, prin prisma atributului (subsumat comprehensibilității) ușurinței în lectură (așa-numita „*readability*”). În fapt, în multe state, reforma sistemelor fiscale a vizat componenta de *readability* ca element major în îmbunătățirea gradului de simplitate și certitudine a normelor în special, și a sistemului fiscal, în general⁵⁵. Deși eforturile în acest sens sunt justificate, complexitatea limbajului normei fiscale reprezintă doar o fațetă a problemei, după cum am văzut deja. Alte aspecte trebuie avute de asemenea în vedere pentru simplificarea sistemului fiscal în general.

În acest sens, modelul de analiză propus de McKerchar, Meyer și Karlinsky oferă o imagine coerentă a ariilor care ar putea avea impact asupra principiului simplității. El este structurat pe trei domenii (faze) și include criteriile de evaluare, abordările dezirabile pentru fiecare dintre acestea și indicatorii care trebuie avuți în vedere⁵⁶.

⁵³ A se vedea, în acest sens, G.S. Cooper, *op. cit.*, p. 423.

⁵⁴ Pentru detalii, a se vedea M. McKerchar, K. Meyer, S. Karlinsky, *op. cit.*, p. 372.

⁵⁵ De pildă, în sistemele de *common law* au avut loc astfel de reforme concentrate pe simplificarea limbajului normelor fiscale și pe ușurarea înțelegerii lor de către contribuabili, prin adoptarea regulii de utilizare a unui limbaj cât mai apropiat de cel comun, în propoziții scurte și clare. McKerchar, Meyer și Karlinsky realizează o trecere în revistă a celor mai semnificative măsuri adoptate în Statele Unite, Marea Britanie, Australia și Noua Zeelandă în scopul simplificării sistemului fiscal. A se vedea M. McKerchar, K. Meyer, S. Karlinsky *op. cit.*, pp. 375-380.

⁵⁶ În acest sens, a se vedea M. McKerchar, K. Meyer, S. Karlinsky, *op. cit.*, pp. 373-374.

Concluzionând asupra celor două elemente – certitudine și simplitate – abordarea conjunctă este justificată de legăturile strânse dintre ele. Adesea, cele două obiective intră în conflict, așa cum am arătat, atât în ceea ce privește imperatiile tehnicii legislative, cât și din punctul de vedere al conformării contribuabililor: pe de o parte, încercările de a crește certitudinea normelor le fac, de regulă, mai dificil de înțeles. Pe de altă parte, cu cât normele sunt mai simple, cu atât devine mai dificilă conformarea la ele sau administrarea lor⁵⁷.

Revenind la cea de-a treia componentă a principiului, care vizează transparența și vizibilitatea atât la nivelul legiferării, cât și la cel al implementării normelor fiscale, atingerea sa depinde într-o măsură destul de mare de tradițiile juridice și politice ale statelor. Într-un sistem democratic, cu o lungă tradiție în dezbaterile legislației, consultarea publică asupra unui proiect de lege este o chestiune de la sine înțeleasă. Însă în sistemele aflate în dezvoltare sau care, istoric vorbind, sunt „opace”, acest deziderat s-ar putea dovedi mai greu de atins. În orice caz, este evident că gradul de atingere în concret a obiectivelor legate de certitudine și simplitate afectează într-o măsură semnificativă drepturile contribuabililor.

Așadar, alegerea politicilor fiscale canalizate pe implementarea principiului conjunct al certitudinii și simplității nu este deloc ușoară. În realitate, această alegere depinde în cea mai mare măsură de situația politică și economică a statelor, care într-un anumit moment istoric vor acorda prioritate măsurilor care au ca scop simplificarea legislației fiscale sau celor vizând clarificarea aplicării normelor fiscale la situațiile de fapt.

4. Eficiență

Principiul eficienței normelor fiscale a fost definit în doctrină ca un deziderat de a menține la minim costurile de conformare și administrare, iar plata impozitelor trebuie să fie facilă⁵⁸.

În opinia mea, această definiție a eficienței cu care operează o parte a doctrinei este restrictivă, întrucât conceptul de eficiență a sistemului fiscal are cel puțin trei componente importante, iar propoziția sintetică de mai sus reflectă doar două dintre acestea.

Astfel, potrivit lui Bentley, principiul eficienței fiscale vizează trei aspecte semnificative, cuprinse în cadrul celui de-al patrulea canon al impozitării, al lui Adam Smith: „fiecare impozit trebuie să fie gândit de așa natură încât să ia din, și în același timp să țină departe de buzunarele poporului, cât mai puțin posibil peste ceea ce ajunge în trezoreria statului”⁵⁹ (*tr. n.*). Acestea sunt așa-numitele „poveri ale impozitării” (*tax burdens*), pe care le putem reclasifica după cum urmează:

Prima categorie este cea a „sarcinii suplimentare a impozitării” (*excess burden of taxation*), care se referă la efectele pe care le poate avea fiscalitatea asupra economiei în general (cu privire la producție sau chiar la alegerea consumatorilor

⁵⁷ În legătură cu definiția acestui principiu, a se vedea D. Bentley, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁸ D. Bentley, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁹ A se vedea A. Smith, *op. cit.*, *supra*, p. 2.

dintre mai multe categorii de bunuri produse⁶⁰). În acest sens, se discută adesea despre criteriul eficienței economice, care trebuie să fie respectat de sistemul fiscal, adică fiscalitatea trebuie să nu fie un factor de distorsiune a funcționării economiei. Întrucât am adoptat clasificarea principiilor generale a lui Bentley, voi continua pe aceeași linie, tratând aspectele legate de eficiența economică, în sensul descris mai sus, în cadrul principiului neutralității. Cea de-a doua categorie, a costurilor administrative (*administrative costs*), privește cheltuielile pentru sectorul public legate de administrarea impozitelor⁶¹. Cea de-a treia categorie se referă la costurile suportate de sectorul privat pentru executarea (sau neexecutarea) sarcinilor fiscale – așa-numitele costuri de conformare (*compliance costs*)⁶².

După cum am arătat, prima componentă a acestui principiu, legată de *excess burden of taxation* (adică sarcina suplimentară a impozitării), poate fi tratată adecvat prin prisma principiului neutralității, pe care îl voi trata în secțiunea a 5-a a prezentei lucrări, astfel încât nu mă voi opri asupra sa la acest punct. Sarcina suplimentară a impozitării este extrem de relevantă pentru funcționarea economiei și poate influența deciziile de afaceri ale contribuabililor prin prisma costurilor pe care le presupune, însă are un impact limitat asupra drepturilor acestora din perspectivă juridică, deoarece constituie un factor în deciziile economice. În schimb, mă voi referi mai pe larg la costurile generate de fiscalitate atât pentru sectorul public (costurile de administrare), cât și pentru sectorul privat (costurile de conformare), care pot afecta în mod direct exercițiul drepturilor contribuabililor, întrucât principiul eficienței este legat direct de ideea de „costuri”. Unele dintre aceste costuri pot fi canalizate fie către sectorul public, fie către cel privat, sau pot fi suportate de către ambii actori (atât administrație, cât și contribuabili). De pildă, pentru unele impozite, sarcina calculării este plasată contribuabililor, în vreme ce pentru altele, calculul impozitului va fi efectuat de către autoritățile fiscale⁶³. Cu toate acestea, în cazul multor sarcini fiscale, anumite caracteristici ale acestora vor genera costuri de ambele părți – atât pentru contribuabil, cât și pentru autorități. O astfel de caracteristică generatoare de costuri pentru ambele sectoare poate fi complexitatea impozitului, pe care am analizat-o în cadrul principiului certitudinii și simplității. Care sunt însă factorii care „produc” costuri? În general, este vorba despre volumul de muncă necesar pentru stabilirea sarcinii fiscale, frecvența plăților, numărul de „surse” sau de contribuabili de la care trebuie făcută colectarea, încercările de evitare și de evaziune a sarcinii fiscale, modificarea legislației fiscale etc.

Costurile de administrare sunt cele asociate cu gestionarea sistemului fiscal, acestea fiind în sarcina statului. În comparație cu costurile de conformare, această dintâi categorie se pretează cu mai mare ușurință unor măsurători. Costurile de administrare includ nu doar salariile și veniturile personalului administrativ, cheltuielile legate de spațiu și resurse materiale, ci și serviciile prestate de alte

⁶⁰ S. James, C. Nobes, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibidem*, p. 38.

departamente, care nu au fost plătite. Cea mai elocventă modalitate de prezentare a acestei categorii de costuri este ca procent din veniturile colectate. O asemenea metodă face posibilă compararea costurilor de colectare a diferitelor impozite și studierea evoluției acestora de-a lungul timpului⁶⁴. În același timp, această abordare permite compararea eficienței diferitelor sisteme fiscale, prin analiza costurilor de colectare pe categorii de impozite, în mai multe state.

Costurile de conformare, aflate în sarcina contribuabililor, sunt mult mai dificil de calculat. Costurile îndeplinirii obligațiilor fiscale includ, pe lângă cheltuielile făcute cu serviciile de contabilitate și de consultanță fiscală, și timpul petrecut de contribuabil completând declarații fiscale și alte formulare specifice⁶⁵. De asemenea, mai trebuie avute în vedere și costurile suportate de terțe părți care colectează impozite în numele contribuabililor – de pildă, angajatori care colectează la sursă impozitele pe veniturile angajaților lor. Dacă luăm în considerare toate operațiunile și formalitățile necesare în vederea îndeplinirii obligațiilor fiscale, ajungem cu ușurință la concluzia lui Sandford – că există multe „costuri de conformare ascuse” (*hidden compliance costs*) care, evaluate, pot să atingă un nivel substanțial. De altfel, în Marea Britanie au fost conduse o serie de studii menite să estimeze valoarea acestor costuri⁶⁶. De pildă, Sandford estima că între 1983-1984, costurile de conformare pentru impozitele pe venituri și pe veniturile din investiții în Marea Britanie se situau la 3.6% din totalul impozitelor colectate⁶⁷. Prin comparație, în același studiu se remarcă nivelul costurilor de conformare similare în Statele Unite (pentru anul 1982) – între 5% și 7% din totalul veniturilor colectate – și în Canada (pentru anul 1985) – de 2.5% din totalul veniturilor colectate⁶⁸.

Concluzia majorității studiilor de acest tip este aceea că nivelul costurilor de conformare este în creștere. Motivul principal care justifică ascensiunea este legat în mod direct de complexitatea sistemului fiscal și de deficiențele legislative⁶⁹. Aceste concluzii ne conduc inevitabil înapoi la discuțiile privind necesitatea simplificării sistemului fiscal, abordate în secțiunea 3.2. de mai sus. Interacțiunea dintre principiile generale se dovedește cu atât mai importantă cu cât din ce în ce mai multe sisteme fiscale se bazează pe calculul impozitelor de către contribuabili, în încercarea de a scădea costurile de administrare. Însă creșterea cerințelor de autoevaluare a sarcinilor fiscale într-un sistem a cărui complexitate se amplifică și ea în mod constant înseamnă, în realitate, creșterea costurilor de conformare. Practic, în această manieră, se realizează un transfer al costurilor dinspre sectorul public, către sectorul privat. Legăturile sunt următoarele: sistemul se bazează din

⁶⁴ S. James, C. Nobes, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁶ A se vedea studiile desfășurate între anii 1981-1987 pentru evaluarea costurilor de conformare pentru diverse categorii de impozite – C. Sandford, M. Goodwin, P. Hardwick, *Administrative and Compliance Costs of Taxation*, Fiscal Publications 1989, pp. 51-188.

⁶⁷ C. Sandford, M. Goodwin, P. Hardwick, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 77-78.

⁶⁹ S. Green, *Compliance Costs and Direct Taxation: A Research Project into the Hidden Costs of Tax Compliance Associated with the Direct UK Tax System*, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales, Londra, 1994, p. 43.

ce în ce mai mult pe stabilirea obligațiilor fiscale de către contribuabilii înșiși; în scopul atingerii unui grad cât mai înalt de certitudine juridică, complexitatea sistemului fiscal și a normelor crește; acest fenomen face mai dificilă înțelegerea și operarea cu normele fiscale de către contribuabili și, în orice caz, nu înlătură „zonele gri” ale legislației; prin urmare, contribuabilii se văd nevoiți să apeleze mai des la consultanți fiscali sau să suporte alte tipuri de costuri în vederea îndeplinirii obligațiilor lor, rezultatul fiind transferul costurilor din sfera publică în sfera privată⁷⁰.

5. Neutralitate

Se subsumează principiului neutralității următoarele trei componente: (i) sistemul fiscal trebuie să nu împiedice sau să diminueze capacitatea de producție a economiei; (ii) deciziile de business trebuie să fie motivate de rațiuni economice, iar nu fiscale – în acest sens, contribuabilii în situații similare care desfășoară tranzacții similare ar trebui să fie supuși unor niveluri asemănătoare de impozitare; (iii) sistemul trebuie să aibă în vedere tratamentul fiscal neutru al veniturilor obținute din investiții (*capital import neutrality* și *capital export neutrality*⁷¹).

Așa cum rezultă din cele trei componente sintetizate mai sus, principiul neutralității urmărește asigurarea, în mod ideal, a unui mediu economic în care conținutul normelor fiscale să nu constituie factorii principali (sau determinanți) de influență a deciziilor de business și, în general, fiscalitatea să aibă un efect cât mai redus asupra modului în care funcționează economia⁷². Principiul neutralității este, dintre toate principiile generale ale sistemului fiscal, cel mai puternic încărcat economic și, deși extrem de relevant în contextul formulării politicilor fiscale și al conținutului dreptului material fiscal, cu un impact mai mic asupra drepturilor contribuabililor⁷³.

Discuțiile legate de neutralitate se poartă mai ales pe terenul dreptului fiscal internațional, în contextul politicilor de impozitare a veniturilor din investiții, în funcție de sursa obținerii veniturilor⁷⁴ (*capital import neutrality*) sau de locul de

⁷⁰ S. Green, *op. cit.*, p. 45.

⁷¹ A se vedea, pentru discuții mai largi asupra acestor concepte, P.B. Musgrave, *Capital Import Neutrality*, în *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, J. Cordes, R. Ebel, J. Gravelle (ed.), ed. a II-a, The Urban Institute Press, Washington D.C., 2005, p. 50 și urm. De asemenea, J. Roin, *The Economic Underpinnings of International Taxation*, în *Research Handbook in International Economic Law*, A. Guzman, A. Skyes (ed.), Edward Elgar Publishing, Massachusetts 2007, p. 327 și urm.

⁷² A se vedea D.A. Weisbach, *The Use of Neutralities in International Tax Policy*, material disponibil online la adresa:

http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Events/conferences/symposia/2014/weisbach-2.pdf, (aprilie 2015), p. 2 și urm. De asemenea, H. Koskenkyla, *Tax Reform and the Neutrality Principle: What Is It All About?*, în *Finnish Economic Quarterly Review*, nr. 3 din 1987, p. 67.

⁷³ D. Bentley, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁴ *Capital import neutrality* urmărește realizarea următorului obiectiv: considerațiile cu privire la sistemul fiscal nu ar trebui să influențeze decizia ca o anumită investiție să fie realizată de către un investitor național sau de către unul străin. Conform acestei formule de asigurare a neutralității, veniturile obținute într-o anumită jurisdicție, fie de către investitori rezidenți sau nerezidenți, vor fi supuse impozitării în statul-sursă, cu aplicarea aceleiași cote de impozitare. Pentru asigurarea neutralității, investițiile străine impozitate în statul-sursă vor beneficia de scutire în statul de reședință.

reședință al contribuabilului⁷⁵ (*capital export neutrality*). Privită din această perspectivă, neutralitatea interacționează cu principiul non-discriminării, într-o manieră asemănătoare cu cele deja discutate la nivelul principiului echității.

6. Efectivitate

Având în vedere abordarea anterioară a principiului eficienței, este necesară o privire comparativă, pentru mai buna înțelegere a conținutului celor două principii (uneori concurente). Astfel, efectivitatea se referă la aptitudinea unei măsuri de a produce rezultatul dorit, fără a se avea în vedere costurile acesteia⁷⁶. În termeni de efectivitate, problema care se pune este aceea dacă o măsură fiscală este mai adecvată decât oricare alt instrument de politică economică. În schimb, o măsură va fi considerată mai eficientă dacă rezultatul dorit poate fi atins cu un cost mai redus⁷⁷. Prin urmare, în cazul efectivității costul măsurii nu constituie un factor decisiv, ci doar aptitudinea sa de a produce rezultatul dorit, pe când în cazul eficienței, măsura preferabilă este cea care, cu mijloacele disponibile, duce la atingerea rezultatului în gradul cel mai ridicat și are costurile cele mai mici.

Componentele acestui principiu sunt următoarele: (i) sistemul ar trebui să asigure colectarea nivelului corect de impozite la momentul potrivit, fără dublă impozitare sau non-impozitare involuntară, atât la nivel național, cât și internațional; (ii) sistemul ar trebui să fie flexibil și dinamic, astfel încât să țină pasul cu evoluțiile tehnologice și comerciale; (iii) potențialul pentru neconformare activă sau pasivă ar trebui să fie minimalizat, menținând totuși măsurile de control la un nivel proporțional cu riscurile avute în vedere.

Devine clar la primă vedere faptul că în privința politicilor fiscale putem întâlni situații în care cele două principii intră în conflict. În ceea ce privește principiul efectivității, problema majoră o constituie riscul unor efecte „colaterale”, neintenționate (și eventual nocive) ale unei măsuri fiscale. După cum s-a observat în doctrină, „fiscalitatea este un instrument larg care produce efecte generice. Cu cât o măsură devine mai specifică, cu atât crește riscul unor «efecte secundare» față de contribuabili pentru care, strict vorbind, măsura nu ar fi trebuit să fie incidentă. Riscul de acest tip poate fi îndepărtat doar prin adoptarea unui alt tip de instrument de politică, nefiscal, poate de tipul unei subvenții”⁷⁸ (*tr. n.*).

A se vedea D.A. Weisbach, *op. cit.*, p. 3, și M.S. Knoll, *Reconsidering International Tax Neutrality*, în *Tax Law Review*, vol. 64 nr. 2 din 2011, p. 101.

⁷⁵ *Capital export neutrality* urmărește realizarea următorului obiectiv: rezidenții unui anumit stat vor fi supuși aceluiași nivel de impozitare, indiferent în ce jurisdicție vor dori să investească. În acest mod, alegerea locului investiției se va face nu pe considerente fiscale, ci pe considerente strict economice, legate de potențialul câștig din investiție. Pentru asigurarea neutralității în această manieră, veniturile obținute din investiții vor fi impozitate doar în statul de reședință al investitorului sau, în cazul impozitării în statul-sursă, vor beneficia de scutiri nelimitate în statul de reședință. A se vedea D.A. Weisbach, *op. cit.*, p. 3, și M.S. Knoll, *op. cit.*, p. 100.

⁷⁶ W. Vermeend, R. van der Ploeg, J.W. Timmer, *Taxes and the Economy: A Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2008, p. 93.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ W. Vermeend, R. van der Ploeg, J.W. Timmer, *Taxes and the Economy: A Survey on the Impact of Taxes on Growth, Employment, Investment, Consumption and the Environment*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2008, p. 93.

Aceeași provocare poate fi remarcată și în ceea ce privește principiul efectivității, mai ales referitor la impactul primei și celei de-a treia componente a principiului asupra drepturilor contribuabililor. Explicația riscurilor se află, în opinia sa, și în faptul că din punct de vedere istoric, colectarea impozitelor a fost dintotdeauna zona cea mai expusă la abuz din partea autorităților. Din perspectiva statului, prioritară este minimalizarea riscurilor privind colectarea veniturilor bugetare, însă răspunsul la această provocare trebuie să fie proporțional și adecvat, astfel încât să se asigure respectarea drepturilor contribuabililor.

În doctrină se face adesea observația că în context internațional, contribuabilii sunt cel mai puternic expuși la suportarea efectelor colaterale ale unor politici fiscale ale statelor menite să asigure efectivitatea colectării veniturilor bugetare. La acest nivel, deși statele fac eforturi pentru negocierea unor tratate în scopul eliminării dublei impunerii, a dublei neimpozitări și a evitării impozitării, procedurile birocratice și diplomatice sunt complexe, de durată și nu întotdeauna eficiente. În plus, există prezumția că protecția drepturilor contribuabililor se asigură prin mijloace specifice la nivelul sistemului național, astfel încât instrumentele internaționale sunt puține și, în orice caz, puțin efective⁷⁹.

7. Concluzii

O analiză juridică asupra principiilor fiscalității, oricât de detaliată, ne va lăsa întotdeauna cu sentimentul că există valențe și posibile implicații nedescoperite în modul în care acestea modelează sistemul fiscal. Acest sentiment este amplificat și mai mult de jocul și interacțiunea principiilor, de modul surprinzător în care prevalența unuia asupra altuia/altora poate să schimbe arhitectura întregului sistem juridic fiscal.

În cele din urmă, concluzia principală este aceea că principiile fiscalității se vor afla într-o continuă interacțiune, iar arta legiuitorului fiscal stă în abilitatea de a găsi un echilibru între acestea (chiar și temporar), care să conducă cel mai bine la atingerea obiectivelor fiscale propuse. Caracterul temporar al echilibrului principiilor este relevant, pentru că el va depinde în mare măsură de schimbările economice și sociale.

Principiile, după cum arătam, sunt instrumente de ghidare, eventual corective pentru adaptarea constantă a sistemului la aceste evoluții. Din acest motiv, prevalența și ponderea lor va fluctua în timp.

Concluzia noastră este că, în prezent, principiile constituie nu doar instrumente de adaptare a politicii fiscale, ci servesc și ca bază pentru construirea unui sistem fiscal coerent de protecție a drepturilor contribuabililor⁸⁰, iar rolul și poziția pe care legiuitorul fiscal alege să o dea unui principiu la un anumit moment istoric poate afecta în mod considerabil recunoașterea și exercițiul acestor drepturi.

⁷⁹ D. Bentley, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 75.

Inspecția Judiciară și Mecanismul de Cooperare și Verificare

Judecător Dragoș-Mihail MIHAIL*
Inspector judiciar
Inspecția Judiciară
Consiliul Superior al Magistraturii

Abstract

The Mechanism for Cooperation and Verification is an instrument set up by the European Commission by which we seek the adaptation of the judicial institutions of Romania to the realities of the European Union and the enhancement of transparency and efficiency of justice, in particular by strengthening the capacity and accountability of the Superior Council of Magistracy.

The Judicial Inspection is an institution with legal personality within the Superior Council of Magistracy, whose activity was and still is monitored in the context of the adoption by the European Commission in 2007, of the Mechanism for Cooperation and Verification.

Following the implementation of measures and proposals formulated in the reports prepared within the Mechanism, also transposed in domestic laws, one can speak of a positive history of the evolution of the legal and Judicial Inspection activity.

The article presents the positive track record of the institution and argues that the implementation and maintenance of the Mechanism for Cooperation and Verification helps create a stable, independent and predictable institution of the Judicial Inspection, principles which provide it the role of strategic institution of the Romanian legal system, and a role model followed at regional level.

Keywords: *Judicial Inspection, Superior Council of Magistracy, Mechanism for Cooperation and Verification, European Commission, benchmarks, independence of justice, reform of the judicial system, reports of the European Commission, inspection, disciplinary action, judicial inspector, judge, prosecutor*

Rezumat

Mecanismul de Cooperare și Verificare constituie un instrument instituit de Comisia Europeană prin care se urmărește adaptarea instituțiilor judiciare din România la realitățile Uniunii Europene și la consolidarea transparenței și eficienței actului de justiție, în special prin consolidarea capacității și responsabilității Consiliului Superior al Magistraturii.

Inspekția Judiciară este o instituție cu personalitate juridică din cadrul Consiliului Superior al Magistraturii, a cărei activitate a fost și este monitorizată în contextul adoptării de către Comisia Europeană, în anul 2007, a Mecanismului de Cooperare și Verificare.

Ca urmare a implementării măsurilor și a propunerilor formulate în rapoartele întocmite în cadrul Mecanismului, transpuse de altfel și în acte normative interne, se poate vorbi de un istoric pozitiv al evoluției cadrului legal și al activității Inspekției Judiciare.

Articolul prezintă istoricul pozitiv al instituției și argumentează de ce aplicarea și menținerea Mecanismului de Cooperare și Verificare contribuie la crearea unei instituții stabile, independente și previzibile a Inspekției Judiciare, principii care conferă acesteia rolul de instituție strategică a sistemului juridic românesc, dar și rolul de model de urmat la nivel regional.

Cuvinte-cheie: *Inspekția Judiciară, Consiliul Superior al Magistraturii, Mecanismul de Cooperare și Verificare, Comisia Europeană, condiționalități, independența justiției, reforma sistemului judiciar, rapoartele Comisiei Europene, control, acțiune disciplinară, inspector judiciar, judecător, procuror*

1. Introducere – Mecanismul de Cooperare și Verificare în justiție

Mecanismul de Cooperare și Verificare (MCV) a fost instituit prin *Decizia nr. 2006/928/CE din 13 decembrie 2006 a Comisiei Europene de stabilire a unui mecanism de cooperare și verificare a progresului realizat de România în vederea atingerii anumitor obiective de referință specifice domeniului reformei sistemului judiciar și luptei împotriva corupției*¹.

Raportul Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind evoluția măsurilor de acompaniere după aderarea din 27 iunie 2007 a statuat menținerea mecanismului de cooperare și verificare în vederea monitorizării progreselor realizate de România² și a solicitat elaborarea de către autoritățile române a unui plan de acțiune care să reflecte măsurile avute în vedere pentru soluționarea celor patru condiționalități (*benchmarks*).

În cadrul legal al actelor europene a fost stipulată și posibilitatea forurilor de decizie de a aplica sancțiuni în cazul nerespectării condiționalităților, cum ar fi nerecunoașterea deciziilor interne la nivel european sau reducerea fondurilor

¹ Publicată în JOUE nr. 354 din 14 decembrie 2006.

² Alături de România, și în Bulgaria a fost instituit un mecanism similar post-aderare.

alocate (în cazul Bulgariei) însă, cu toate acestea, orientarea Comisiei Europene a vizat preponderent oferirea suportului și a expertizei.

Aceste măsuri au fost transpuse în legislația națională prin *H.G. nr. 1346/2007 privind aprobarea Planului de acțiune pentru îndeplinirea condiționalităților din cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare a progresului realizat de România în domeniul reformei sistemului judiciar și al luptei împotriva corupției*³.

Proiectul de plan a fost întocmit sub coordonarea Ministerului Justiției, prin centralizarea contribuțiilor proprii și a celor formulate de instituțiile cu atribuții în domeniul funcționării sistemului judiciar și al luptei împotriva corupției. În datele de 21 și, respectiv, 24 septembrie 2007, proiectul planului de acțiune agreat la nivel tehnic a fost supus dezbaterii Comisiei de monitorizare a implementării Strategiei de reformă a sistemului judiciar pentru perioada 2005-2007, respectiv Consiliului pentru monitorizarea implementării Strategiei Naționale Anticorupție pe 2005-2007. Instituțiile participante la cele două reuniuni au agreat obiectivele planului de acțiune.

Proiectul a fost discutat în cadrul reuniunilor tehnice de lucru și supus dezbaterilor publice în perioada 2-17 octombrie 2007, fiind organizate reuniuni de consultări cu magistrații, cu reprezentanți ai asociațiilor profesionale și cu reprezentanți ai societății civile. Între 8 și 12 octombrie, o echipă de experți din statele membre au realizat o evaluare *ex-ante* a planului. Experții au apreciat că documentul programatic răspunde nevoilor și deficiențelor subliniate de Raportul din 27 iunie 2007 și că stabilește obiective clare și măsuri coerente.

Potrivit Planului, cele patru condiționalități cuprinse în cadrul Mecanismului de Cooperare și de Verificare se referă la:

1. Consolidarea transparenței și eficienței actului de justiție, în special prin consolidarea capacității și responsabilității Consiliului Superior al Magistraturii.

2. Raportarea și monitorizarea impactului noilor coduri de procedură civilă și penală.

3. Înființarea, potrivit angajamentelor, a Agenției Naționale de Integritate, cu competențe de verificare a averii, a incompatibilităților și a potențialelor conflicte de interese, care să emită hotărâri cu caracter obligatoriu pe baza cărora să se poată aplica sancțiuni descurajatoare.

4. Continuarea progreselor deja înregistrate în procesul de investigare cu imparțialitate a faptelor de mare corupție.

5. Adoptarea unor măsuri suplimentare de prevenire și de combatere a corupției, în special în cadrul administrației locale.

În cadrul Mecanismului, Comisia Europeană redactează rapoarte de evaluare în luna iulie a fiecărui an și rapoarte interimare în luna februarie.

Rapoartele sunt rezultatul unei monitorizări permanente a situației din România, monitorizare realizată prin raportările tehnice periodice și ad-hoc efectuate de către Ministerul Justiției, de Reprezentanța Comisiei Europene la București, prin întâlnirile

³ Publicată în M. Of. nr. 765 din 12 noiembrie 2007.

bilaterale la nivelul Comisiei și misiunile periodice de evaluare desfășurate în România.

Aceste rapoarte vizează obiectivele de referință cuprinse în cele patru *benchmarks*: reforma sistemului judiciar, instituirea unei Agenții de integritate, combaterea corupției la nivel înalt și combaterea corupției în cadrul administrației publice locale.

2. Importanța Mecanismului de Cooperare și Verificare

Importanța politicilor, indiferent de natura lor, orientate în vederea asigurării unui regim democratic în România a fost subliniată în mod constant de toți factorii decizionali, dar și de ceilalți actori ai vieții sociale din România.

Studiile efectuate au arătat⁴ că istoria post-comunistă a României, dar și a altor state din regiune au indicat în mod clar rolul actorilor externi în promovarea reformelor. Acest rol este evidențiat mulțumită ajutorului financiar, expertizei, investițiilor și eforturilor diplomatice, dar cel mai mult datorită motivației elitelor locale de a se angaja în activitatea de reformare și modernizare, în special cu ocazia pregătirilor de integrare în Uniunea Europeană și în NATO.

S-a mai arătat⁵ că, odată ajunși la acest nivel, este necesar ca Uniunea Europeană și NATO să rămână în continuare angajate, chiar dacă aspectele stimulative ale reformelor au devenit acum mai problematice în absența unei prospekțiuni atât de puternice, cum a fost cea legată de integrarea euro-atlantică. Or, angajamentul Uniunii Europene în vederea sprijinirii și garantării reformelor din România, în domeniul justiției, este dat de crearea și menținerea Mecanismului de Cooperare și Verificare.

În aplicarea Mecanismului de Cooperare și Verificare, Comisiei Europene i s-a cerut să elaboreze periodic un raport privind măsurile de acompaniere, periodicitatea rapoartelor fiind semestrială, cu începere din luna iunie 2007.

Așa cum reiese din primul raport al Comisiei Europene⁶, prin aderarea sa la Uniunea Europeană, România a acceptat să își asume drepturile și obligațiile care revin fiecărui stat membru. Conform practicii obișnuite, Comisia monitorizează aplicarea legislației (*acquis-ul* comunitar) pentru a se asigura de respectarea acestor obligații.

S-a mai reținut⁷ că, în cei opt ani care au trecut de la data accederii în Uniunea Europeană și cu cele 12 cicluri complete de rapoarte (13 cicluri, dacă se ia în considerare și raportul din anul 2015 – *s.n.*), Mecanismul de Cooperare și Verificare a jucat un rol major în susținerea reformelor și a reformatorilor din

⁴ Centrul de analiză pentru politici europene, *Raportul „Romania’s Tipping Point. Advancing Rule of Law, Governance and Public Leadership”* din iulie 2014 – Text Box 1 – *The Cooperation and Verification Mechanism*. Centrul de analiză pentru politici europene este o organizație non-profit, un institut de cercetare a politicilor publice care se ocupă cu studiul Europei Centrale și de Est. Fondat în 2005, este singurul think-tank american care analizează exclusiv țările și societățile din această regiune.

⁵ Centrul de analiză pentru politici europene, *op. cit.*, p. 39 – *Implications for EU and US engagement in Romania*.

⁶ Raportul Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind evoluția măsurilor de acompaniere în România după aderare (Bruxelles, 27 iunie 2007 COM (2007) 378 final).

⁷ Centrul de analiză pentru politici europene, *op. cit.*, p. 11 – Text Box 1.

sistemul juridic românesc. Mecanismul nu doar că a verificat continuu activitatea decidenților, notând atât derapajele, cât și progresele, ci, de asemenea, a sporit influența actorilor interni, mai ales a celor proveniți din societatea civilă, pentru a asigura o presiune în vederea continuării reformelor în domeniul justiției.

Din punct de vedere metodologic, rapoartele au fost elaborate pe baza mai multor surse de informații, principala sursă constituind-o Guvernul României. Au fost obținute, de asemenea, informații și analize de la Reprezentanța Comisiei Europene și de la misiunile diplomatice ale statelor membre în România, de la organizațiile societății civile, de la asociații și din rapoarte de expertiză. De asemenea, Comisia a organizat misiuni în România, la acestea participând experți individuali din statele membre, precum și servicii ale Comisiei.

3. Raportul Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele realizate de România în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare (Bruxelles, 28 ianuarie 2015 COM (2015) 35 final)

Până la momentul elaborării prezentei retrospective, aspectele de interes referitoare la activitatea Inspecției Judiciare sunt cuprinse în rapoartele Mecanismului de Cooperare și Verificare elaborate în perioada 27 iunie 2007 - 28 ianuarie 2015.

Ultimul act emis de instituția europeană a fost *Raportul Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele realizate de România în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare (Bruxelles, 28 ianuarie 2015 COM (2015) 35 final)*.

Așa cum se arată chiar în introducerea actului, Raportul dat publicității în luna ianuarie 2015 prezintă într-o formă sintetică acțiunile întreprinse pe parcursul anului trecut și oferă recomandări pentru perioada următoare. Raportul este rezultatul unui proces de analiză din partea Comisiei, pe baza contribuțiilor transmise de autoritățile române, de societatea civilă și de alte părți interesate. Cu sprijinul punctual al experților din cadrul autorităților judiciare din alte state membre, Comisia a fost în măsură să întreprindă o analiză din perspectiva practicienilor în domeniu.

Raportul face și o analiză a modului în care activitatea Comisiei Europene în acest domeniu este privită de populația României, sens în care face trimitere la un sondaj *Eurobarometru* realizat în toamna anului 2014, care a indicat un consens puternic în cadrul societății românești cu privire la faptul că reforma sistemului judiciar și lupta împotriva corupției constituie probleme importante pentru România. Rezultatele sondajului au arătat, de asemenea, o creștere substanțială a numărului persoanelor care declară că au observat o îmbunătățire în ultimii ani și că au încredere că acest proces va continua. Există o susținere clară pentru implicarea Uniunii Europene în soluționarea acestor probleme și pentru continuarea acțiunilor Uniunii Europene până în momentul în care România va ajunge la un nivel comparabil cu cel din alte state membre.

Sub aspectul conținutului, raportul din luna ianuarie 2015 realizează o analiză a întregului proces de reformă din România, cu referire la independența autorităților judiciare, reforma judiciară, integritatea și combaterea corupției.

Activitatea Inspecției Judiciare este tratată în capitolul referitor la independența autorităților judiciare, cu referire la respectarea judecătorilor și a procesului judiciar.

În cadrul acestui capitol, s-a arătat că „în rapoartele Mecanismului de Cooperare și Verificare anterioare se remarca prevalența atacurilor pe motive politice lansate în presă la adresa judecătorilor și a procurorilor. Chiar dacă amploarea acestor atacuri a fost mai mică decât în anii precedenți (2012, în special), acest aspect a rămas nerezolvat în 2014, fiind legat adesea de cazuri de corupție în care au fost implicate personalități publice influente. În cuprinsul aceluiași raport, experții Comisiei Europene au precizat că „unul dintre rolurile Consiliului Superior al Magistraturii este de a garanta independența justiției. Începând din 2012, CSM a instituit o procedură, în care este implicată Inspecția Judiciară, menită să apere independența justiției și reputația profesională, independența și imparțialitatea magistraților. Numărul cererilor adresate Consiliului de declanșare a acestei proceduri a crescut în 2014, comparativ cu 2013, deși acest lucru este posibil să se datoreze mai degrabă creșterii credibilității sistemului decât numărului mai mare de probleme. În ciuda acestei creșteri, Inspecția Judiciară a reușit să reducă durata investigațiilor, ceea ce a permis Consiliului să reacționeze mai rapid la atacuri, chiar în termen de una sau două zile, astfel încât falsele acuze au putut fi demontate mai eficient”.

S-a mai arătat că instituția continuă să sancționeze abaterile profesionale și disciplinare ale magistraților și că Inspecția Judiciară s-a impus ca principal organism care desfășoară anchete în cazurile de abateri disciplinare. De asemenea, numărul acțiunilor disciplinare a crescut în 2014 față de anul 2013, iar procesul decizional a fost mai rapid.

Referitor la concluziile și recomandările Comisiei Europene s-a arătat că tendința de a înregistra progrese a fost constatată pe tot parcursul anului 2014 și că menținerea acestei tendințe a fost posibilă printr-un nivel mai ridicat de profesionalism al întregului corp judiciar în ansamblul său, inclusiv prin disponibilitatea arătată de membrii acestuia de a apăra cu mai multă consecvență independența justiției și de aplica o abordare mai proactivă în ceea ce privește asigurarea consecvenței jurisprudenței.

În concluzie, Comisia a salutat cooperarea constructivă pe care a avut-o cu autoritățile române și a luat act de faptul că progresele sunt tot mai solide și câștigă din ce în ce mai mult teren, tendință care trebuie menținută.

4. Reforma. Inspecția Judiciară, o instituție modernă

Astfel cum reiese din cele ce precedă, evoluția Inspecției Judiciare se circumscrie necesității de a înființa o instituție de control solidă, credibilă și eficientă, care să ofere garanțiile de independență și de imparțialitate.

Instituția Inspecției Judiciare a evoluat în raport cu toate cerințele provenite de la organismele europene, prin intermediul Mecanismului de Cooperare și Verificare și în funcție de specificul statutului său și al sistemului judiciar, din care face parte.

Sub aspectul modului în care Inspecția a colaborat cu reprezentanții Comisiei Europene, acesta poate fi dedus și observat din consultarea materialelor întocmite la solicitarea Comisiei cu ocazia vizitelor de evaluare.

Aceste materiale au urmărit, de fiecare dată, prezentarea exhaustivă a tuturor activităților Inspecției Judiciare în domeniul de interes al Mecanismului de Cooperare

și Verificare, precum și a tuturor evoluțiilor înregistrate, pe linia recomandărilor Comisiei Europene.

De asemenea, Inspekția Judiciară s-a raportat în mod constant și la programele, planurile și strategiile Consiliului Superior al Magistraturii și ale Ministerului Justiției, cu incidență în activitatea de control a magistraților și a instanțelor judecătorești.

În acest context, *odată cu intrarea în vigoare a noului cadru legislativ în anul 2012*, au fost luate măsurile și efectuate demersurile necesare pentru punerea în aplicare a dispozițiilor legale, exemplificându-se:

- obținerea numărului de înregistrare în registrul de evidență a prelucrărilor de date cu caracter personal, consecință a înființării Inspekției Judiciare ca structură cu personalitate juridică;

- ocuparea, prin concurs, în conformitate cu art. 67 din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, republicată, a posturilor de inspector-șef și inspector-șef adjunct;

- suplimentarea, la propunerea inspectorului-șef și cu avizul Consiliului Superior al Magistraturii, prin hotărâre de guvern, a numărului total de posturi prevăzut în schema de personal a Inspekției Judiciare;

- întocmirea și aprobarea, de către inspectorul-șef, a Regulamentului privind organizarea și funcționarea Inspekției Judiciare, publicat în Monitorul Oficial nr. 692 din 9 octombrie 2012, regulament în care sunt incluse criteriile și procedura de evaluare a inspectorilor judiciari, completat și modificat ulterior;

- întocmirea și aprobarea de către Plenul Consiliului Superior al Magistraturii, prin Hotărârea nr. 801/2012 a Regulamentului privind organizarea și desfășurarea concursului pentru numirea în funcție a inspectorilor judiciari (publicat în Monitorul Oficial nr. 682 din 2 octombrie 2012);

- elaborarea, de către Inspekția Judiciară, a Regulamentului privind normele pentru efectuarea lucrărilor de inspekție și înaintarea acestuia, în vederea aprobării, Consiliului Superior al Magistraturii;

- repartizarea lucrărilor în cadrul Inspekției Judiciare, potrivit art. 74 alin. (1) din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 24/2012, respectiv în mod aleatoriu, în sistem ciclic, în ordinea alfabetică a inspectorilor din cadrul fiecărei direcții și având în vedere necesitatea evitării situațiilor de incompatibilitate expres prevăzute de art. 72 alin. (2) din aceeași lege;

- discutarea periodică a problemelor de practică neunitară ivite în activitatea de inspekție, în scopul unificării practicii la nivelul Inspekției judiciare;

- rezultatul verificărilor Inspekției Judiciare se concretizează în rapoarte supuse aprobării Secțiilor și Plenului Consiliului Superior al Magistraturii, acestea fiind prezentate anual prin Raportul de activitate al Inspekției Judiciare, care este publicat pe site-ul instituției;

- pentru a se asigura transparența activității, pe site-ul Inspekției, este publicat Calendarul de activitate al Inspekției Judiciare, elaborat anual în colaborare cu titularii acțiunii disciplinare și Consiliul Superior al Magistraturii;

- evaluarea calității managementului Inspecției Judiciare se realizează printr-un audit extern independent, potrivit art. 68 din Legea nr. 317/2004;

- în vederea eficientizării și asigurării transparenței activității Inspecției Judiciare au fost efectuate demersuri pentru achiziționarea și implementarea unui program informatic de gestionare a documentelor, sens în care Inspecția Judiciară a fost inclusă în Strategia de informatizare a sistemului judiciar în perioada 2013-2017, elaborată de Ministerul Justiției;

- de asemenea, Inspecția Judiciară urmează să beneficieze de finanțare externă prin programul „Asistență pentru consolidarea capacității sistemului judiciar din România, de a face față noilor provocări legislative și instituționale” proiect finanțat în cadrul Mecanismului Financiar Norvegian, prin intermediul căruia Inspecției Judiciare i-au fost alocate fonduri pentru programe de instruire și achiziția de echipamente hardware;

- pentru informarea opiniei publice asupra hotărârilor adoptate de Consiliul Superior al Magistraturii în legătură cu apărarea reputației magistraților, Inspecția Judiciară asigură publicarea pe site-ul propriu a hotărârilor adoptate de Plen în această materie;

- publicarea jurisprudenței disciplinare și în materie de deontologie se realizează prin intermediul site-ului propriu, care este accesibil publicului, inclusiv magistraților;

- în vederea operaționalizării departamentului economic, în perioada august-octombrie 2013, au fost organizate concursuri pentru ocuparea funcțiilor publice de execuție din cadrul Direcției Economic-Administrativ, precum și pentru aceea de director economic;

- ca o consecință a principiului independenței operaționale, Inspecția urmărește dezvoltarea și îmbunătățirea aplicațiilor site-ului propriu, urmând a se acorda un plus de eficiență comunicării, către toate persoanele interesate, în timp real și în mod direct;

- în anul 2014, a fost elaborat primul număr al Revistei Inspecției Judiciare, care își propune să devină un forum de dezbatere a problemelor teoretice și jurisprudențiale care țin de teme ce vizează răspunderea disciplinară a magistraților, apărarea independenței sistemului judiciar, a independenței, imparțialității și reputației profesionale a magistraților. Apariția acestei reviste a Inspecției Judiciare are ca scop punerea la dispoziția tuturor magistraților, dar și a persoanelor interesate și a societății civile a unui instrument accesibil și util pentru cunoașterea și studierea practicii în domeniul răspunderii disciplinare. De asemenea, inițiativa are și rolul de a crea o platformă de lansare și dezbatere a unor teme care să ajute la înțelegerea mecanismelor de acțiune, a procedurilor și reglementărilor în domeniu, atât din perspectiva legislației naționale, cât și a celor internaționale, mai ales europene. Din acest punct de vedere, este important de reținut că prin intermediul articolelor publicate în revista sus-menționată pot fi înțelese și dezvoltate noi contacte și conexiuni la nivelul cooperării interinstituționale, dar și cu societatea civilă, atât în cadrul Uniunii Europene, cât și în afara acesteia.

5. Activitatea Inspecției Judiciare. Modul de îndeplinire a condiționalităților Mecanismului de Cooperare și Verificare

Atribuțiile de verificare și control realizate de inspectorii judiciari au ca obiect activitatea judiciar-administrativă desfășurată în cadrul a 242 de instanțe (Înalta Curte de Casație și Justiție, 16 curți de apel, 46 de tribunale, 179 de judecătoria) și a parchetelor corespunzătoare acestora, în total 486 de instituții, cifre care evidențiază, fără echivoc, amploarea activității Inspecției Judiciare.

În acest context, implementarea dispozițiilor legale prin care s-a consacrat autonomia funcțională a instituției presupun desfășurarea, în paralel cu atribuțiile specifice de verificare și control, a numeroase alte activități cu caracter administrativ și organizatoric, enumerate cu titlu exemplificativ în cele ce preced.

Referitor la aspectele de interes pentru realizarea unei instituții a Inspecției Judiciare corespunzătoare unui regim democratic, este de menționat că, la nivelul managementului instituției, au fost diseminate, în funcție de competențele legale, toate rapoartele Comisiei Europene în vederea îndeplinirii tuturor criteriilor și sarcinilor corespunzătoare condiționalităților specifice Mecanismului.

Astfel, în cuprinsul Raportului Comisiei din 18 iulie 2012, s-a reținut că Inspecția Judiciară are în prezent posibilitatea de a se concentra din nou asupra unor anchete disciplinare mai precise, rapide și proactive și de a îndeplini o funcție consultativă mai importantă cu privire la deficiențele legate de organizarea, procedurile și practica judiciară și că instituția Consiliul Superior al Magistraturii ar trebui să utilizeze în continuare acest potențial, cerând Inspecției Judiciare să monitorizeze sistematic aspectele-cheie care sunt practica judiciară, unificarea judiciară și adoptarea celor mai bune practici în materie de gestiune de către președinții instanțelor.

Un aspect important al monitorizărilor sus-menționate este dat de faptul că, pe baza acestora, la nivelul Direcțiilor de inspecție judiciară s-au constituit baze de date, prin care pot fi analizate, în timp, evoluțiile pozitive sau negative, ale activităților verificate (dosare de mare corupție, dosare ale instanțelor și parchetelor a căror procedură s-a prelungit în timp, respectarea dispozițiilor legale privind termenele de redactare a hotărârilor judecătorești sau monitorizarea situațiilor în care instanțele judecătorești au constatat încetarea de drept a măsurii arestării preventive).

Cu ocazia acestor analize, în raport de datele comparative existente în referatele anterioare, dar având în vedere și datele concrete, la zi, inspectorii judiciari se sesizează din oficiu atunci când constată că neîndeplinirea respectivelor obligații poate întruni elementele constitutive ale unei abateri disciplinare.

O altă activitate de anvergură a Inspecției Judiciare o constituie reluarea controalelor de fond cu privire la activitatea curților de apel.

Asigurarea transparenței activității Inspecției Judiciare a constituit un obiectiv constant menit să întărească încrederea justițiabililor, a opiniei publice în general în corectitudinea actului de justiție, realizându-se și în acest mod legătura nemijlocită dintre societatea civilă și justiție în ansamblul său.

Subsumat acestui obiectiv strategic, una dintre direcțiile prioritare de acțiune a Inspecției Judiciare a constituit-o asigurarea unei comunicări eficiente și obiective cu instituțiile mass-media, evident cu respectarea limitelor impuse de caracterul confidențial prevăzut de lege al lucrărilor.

Acest obiectiv a fost îndeplinit prin asigurarea funcționării corespunzătoare a Biroului de informare publică și relații cu mass-media din cadrul Inspecției Judiciare, principiile conform cărora acesta își desfășoară activitatea fiind acelea ale promptitudinii, transparenței, imparțialității, eficienței și răspunderii publice. Activitatea acestui birou s-a caracterizat printr-o coerență crescută în comunicarea cu presa și cu societatea în general.

Activitatea desfășurată de Inspecție a înregistrat creșteri semnificative în ceea ce privește numărul de lucrări înregistrate, indiferent de natura acestora, dar deosebit de această creștere numerică evidentă, s-a constatat și o creștere a gradului de complexitate a lucrărilor, obiectul acestora impunând de cele mai multe ori efectuarea unor verificări detaliate și analiza unui volum mare de informații.

În ceea ce privește controalele efectuate, prin strategia de management a activității Inspecției Judiciare s-a urmărit deplasarea obiectivului de la controalele de fond către cele care vizează doar „zonele neperformante”, avându-se în vedere că, astfel, se poate realiza folosirea optimă a resurselor.

Astfel, în planurile de activitate au fost incluse, în mod preponderent, controale tematice – selectate în funcție de disfuncționalități majore identificate în activitatea instanțelor de judecată sau parchetelor –, precum și desfășurarea unor activități de monitorizare a unor segmente importante ale activității judiciare, prevăzute de altfel și în rapoartele emise în cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare.

Cercetările și acțiunile disciplinare au fost efectuate cu profesionalism și responsabilitate, în limitele de competență și cu respectarea normelor procedurale, aspect care se desprinde din procentul de admisibilitate al acțiunilor disciplinare exercitate.

Verificările complete și concluziile formulate de inspecțori în rapoartele privind cererile de apărare a reputației profesionale, independenței și imparțialității magistraților ori a sistemului judiciar, au permis Plenului Consiliului Superior al Magistraturii să realizeze o analiză obiectivă și să adopte decizii argumentate în ceea ce privește admiterea sau respingerea cererilor cu acest obiect⁸. În mod

⁸ Este important de semnalat faptul că Inspecția Judiciară a avut în mod constant un rol fundamental în efectuarea verificărilor cu privire la apărarea independenței sistemului judiciar, în special ca urmare a reacțiilor nejustificate ale diverșilor actori politici sau ale mass-mediei în situația soluționării de către organele de urmărire penală sau de către parchete a cauzelor de mare corupție. Exemplificând, prin comunicatul din data de 15 ianuarie 2015, Consiliul Superior al Magistraturii a precizat că, în ședința din data de 15 ianuarie 2015, Plenul Consiliului Superior al Magistraturii a admis ca întemeiată cererea de apărare a independenței sistemului judiciar, formulată de conducerea Consiliului din oficiu, dar și la sesizarea procurorului șef al Direcției Naționale Anticorupție, constatând că afirmațiile unui europarlamentar, referitoare la un dosar judiciar, făcute cu ocazia intervenției din sesiunea plenară a Parlamentului European de la Strasbourg în noiembrie 2014, preluate ulterior de mass-media, sunt de natură să aducă atingere independenței sistemului judiciar în ansamblul său. De asemenea, Plenul Consiliului a decis transmiterea hotărârii adoptate Parlamentului European de la Strasbourg.

obișnuit, situațiile care au determinat sesizarea Inspecției Judiciare au făcut și obiectul rapoartelor Comisiei Europene, exemplificându-se în acest sens raportul din data de 28 ianuarie 2015, analizat mai sus.

Folosind aceleași standarde de calitate, Inspecția judiciară a răspuns tuturor sesizărilor, fie ele venite din partea justițiabililor, magistraților, Consiliului Superior al Magistraturii, fie din partea altor instituțiilor ale statului sau ale reprezentanților societății civile.

Coordonatele de acțiune au fost, în mod constant, cele ale obiectivității, imparțialității și independenței funcționale, ale respectării drepturilor cetățenești și a legii.

6. Track record. Pași de urmat într-o societate democratică

Din analiza efectuată cu privire la punctele de interes manifestate de Comisia Europeană pe parcursul vizitelor de evaluare și consemnate în rapoartele Mecanismului de Cooperare și Verificare, se desprinde concluzia potrivit căreia Inspecția Judiciară a înregistrat o evoluție constantă în vederea atingerii scopurilor și obiectivelor pe care și le-a propus.

O confirmare a atingerii unui nivel de performanță o reprezintă faptul că în ultimele două rapoarte ale Comisiei Europene⁹ organizarea și activitatea Inspecției Judiciare nu mai sunt supuse analizelor critice și nici nu se mai subsumează vreunui anumit gen de recomandări, ci, mai mult, sunt constatate progrese și sunt expuse aprecieri pozitive cu referire la eficiență activității de inspecție judiciară.

Acesta înseamnă o recunoaștere implicită a evoluției instituției Inspecției Judiciare și a activității constante, profesioniste și dedicate a inspectorilor judiciari în vederea asigurării standardelor la care obligă nivelul de responsabilitate pe care instituția îl are față de sistemul judiciar și de societatea civilă.

Așa cum s-a arătat de către grupul de experți ai Centrului de analiză pentru politici europene¹⁰, realitățile actuale ale României arată că țara noastră încă nu a închis „cartea” tranziției. Aceasta nu înseamnă că nu trebuie recunoscute realizările istorice care au fost înregistrate în acești șapte ani de la aderare în crearea și consolidarea noilor valori și instituții.

S-a mai reținut de către autorii studiului¹¹, că anul 2014 reprezintă o răscruce prin provocări care vor pune într-o nouă perspectivă nu numai geopolitica zonei și alianțele, ci, de asemenea, guvernarea și puterea economică a țărilor din Uniunea Europeană și a Europei în general, situație în care România poate juca un rol important în susținerea eforturilor Uniunii Europene și ale Statelor Unite ale Americii în dezvoltarea instituțiilor democratice și a bunei guvernări în alte țări și regiuni.

⁹ Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele realizate de România în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare (Bruxelles, 22 ianuarie 2014 COM (2014) 37 final) și Raport al Comisiei către Parlamentul European și Consiliu privind progresele realizate de România în cadrul Mecanismului de cooperare și verificare (Bruxelles, 28 ianuarie 2015 COM (2015) 35 final).

¹⁰ Centrul de analiză pentru politici europene, *op. cit.*, p. 4 – *Introduction*.

¹¹ Centrul de analiză pentru politici europene, *op. cit.*, p. 39 – *Implications for EU and US Engagement in Romania*.

7. Concluzii

Inspekția Judiciară este o structură cu personalitate juridică, care funcționează în cadrul Consiliului Superior al Magistraturii și îndeplinește prin inspectorii judiciari numiți în condițiile legii, atribuții de analiză, verificare și control, în domeniile specifice de activitate.

Inspekția judiciară își îndeplinește atribuțiile în conformitate cu principiul independenței operaționale.

Activitatea Inspekției Judiciare este analizată și cenzurată de Consiliul Superior al Magistraturii, în calitate de garant al independenței justiției, dar și de alte instituții ale sistemului judiciar, în funcție de competențele prevăzute de lege, cum sunt Înalta Curte de Casație și Justiție (în materie disciplinară), Curtea de Apel București (în soluționarea contestațiilor formulate împotriva rezoluțiilor emise de inspectorii judiciari) și Curtea Constituțională (în cadrul controlului de constituționalitate a legilor¹²). În același context, nu trebuie omise asociațiile profesionale și societatea civilă, organisme consultate în mod constant la elaborarea rapoartelor Comisiei Europene.

Încă de la momentul instituirii sale cu privire la două țări care tocmai aderaseră la Uniunea Europeană (România și Bulgaria), Comisia Europeană i-a conferit Mecanismului de Cooperare și Verificare un caracter de noutate, *sui-generis*, fără un istoric în materie.

La data prezentelor considerații, modul de funcționare a Mecanismului de Cooperare și Verificare a dovedit faptul că acesta constituie o garanție în plus a independenței justiției și un instrument ordonator și coordonator al principalelor instituții ale justiției din România în raport de principiile unanim acceptate în spațiul Uniunii Europene.

Inspekția Judiciară, privită din perspectiva actualei reglementări, este o instituție care oferă toate garanțiile legate de apărarea independenței justiției și a judecătorilor și procurorilor și convinge în acest sens, atât prin istoricul dovedit al implicării Mecanismului de Cooperare și Verificare, cât și prin evoluția instituției Inspekției Judiciare începând din anul 2007 și până în prezent.

Din punctul nostru de vedere, menținerea Mecanismului de Cooperare și Verificare se justifică din mai multe perspective:

- Constituie o garanție în fața instituțiilor Uniunii Europene că sistemul judiciar din România s-a angajat să continue reformele asumate, dovedind în același timp atașament cu privire la valorile europene;
- Monitorizarea are rolul de a spori implicarea decidenților din justiție în consolidarea reformei sistemului judiciar;

¹² O consecință directă asupra activității Inspekției Judiciare a avut-o pronunțarea Dec. CCR nr. 397/2014 referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 47 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, prin care s-a constatat că sintagma „rezoluția de clasare este definitivă” din cuprinsul dispoziției legale sus-menționate este neconstituțională, întrucât exclude controlul judiciar și încalcă accesul liber la justiție, drept fundamental consacrat atât de Constituție, cât și de Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, partea interesată fiind lipsită de accesul la o instanță judecătorească.

- Colaborarea cu instituțiile europene vine să mențină un grad ridicat de informare a conducerilor instituțiilor judiciare din România cu privire la bunele practici adoptate la nivelul Uniunii Europene.

În raport de considerentele expuse mai sus, continuarea colaborării interinstituționale pe linia stabilită de Mecanismul de Cooperare și Verificare, concomitent cu modul independent și transparent de îndeplinire a atribuțiilor, dovedesc faptul că instituția Inspecției Judiciare și-a afirmat în mod deschis și constant dezideratul de a contribui eficient și de a se implica în realizarea unei instituții strategice a sistemului juridic românesc, cu ramificații regionale sub aspectul modelului pe care îl are de oferit în organizarea activității și a competențelor¹³.

¹³ Exemplificându-se, este relevantă participarea Inspecției Judiciare la activitatea de schimb de experiență și de instruire pe care a desfășurat-o cu ocazia întâlnirilor cu delegațiile de judecători din Bosnia-Herțegovina sau Republica Moldova.

Secțiunea de drept privat

1. The Sarbanes-Oxley Act – An Answer to Corporate Governance Scandals

Associate professor Dr. habil András KECSKÉS PhD*
University of Pécs
Faculty of Law

Abstract

The Sarbanes-Oxley Act is considered to be the result of the great corporate scandals of 2002. However, it is to be noted that the regulatory framework of corporate governance was placed under heavy criticism since 1998, when the Russian capital market crisis broke out. Finally it took another four years and another wave of global corporate scandals to conclude into a comprehensive and more international approach of regulation. Motivated by vast corporate frauds like Enron and Worldcom, the Sarbanes-Oxley regulation was on the one hand genuinely American, while on the other hand more international as it was first expected to be. Nevertheless, both American corporations, and international investors approached the new provisions of the Act with rising suspicion. Moreover, the extraterritorial effect of the regulation often demotivated seasoned companies from their original plan to register on the New York Stock Exchange.

Keywords: Auditor, CDO, CEO, corporate governance, Enron, PCAOB, Sarbanes-Oxley Act

Rezumat

Legea Sarbanes-Oxley este considerată a fi rezultatul marilor scandaluri corporative din anul 2002. Cu toate acestea, trebuie remarcat faptul că reglementarea guvernantei corporative a fost supusă unor critici severe începând din anul 1998, când a izbucnit criza pieței de capital din Rusia. A fost însă nevoie de încă patru ani și de un nou val de scandaluri corporative la nivel mondial pentru adoptarea unei abordări mai cuprinzătoare și internaționale a reglementării. Motivată de fraudele corporative masive, precum cele din cazurile Enron și Worldcom, Sarbanes-Oxley este, pe de o parte, o lege pur

* kecskes.andras@ajk.pte.hu

americană, dar, pe de altă parte, mai internațională decât ar fi fost de așteptat inițial. Cu toate acestea, atât corporațiile americane, cât și investitorii internaționali abordează noile prevederi ale legii cu tot mai multă suspiciune. Mai mult, efectul extrateritorial al reglementării a determinat de multe ori companii private să abandoneze planul lor inițial de a se lista la New York Stock Exchange.

Cuvinte-cheie: *auditor, CDO, CEO, guvernanta corporativă, Enron, PCAOB, Legea Sarbanes-Oxley*

I. Introduction

The corporate scandals of 2002 can be considered¹ as a failure of corporate governance systems. Besides the fact that the market exhaustion of an industry – the IT sector – was the direct cause of the bankruptcies, it also turned out that the previous results were not real: they were based on false accounting, irresponsible financial strategies, fictional or veiled contracts and backstage agreements. Consequently, the lack of good corporate governance deepened the crisis that recoiled on the markets, which made the crisis even graver. The media showed a marked interest in this phenomenon, which put the issue of corporate governance in the focus. Information technology and modern telecommunication also contributed by widening the access of investors, so the circle of the investors of public corporations has become wider, and these investors can be considered directly affected as a result of the security crisis. In addition, the concepts that defined a greater range of stakeholders in connection with the business sphere became more and more accepted. Therefore stakeholders are not only those having a contractual connection with the processes (managers, investors, creditors and others), as many more were affected by the impacts that globally jeopardised *sustainable development*, the long-term trends of society and economy, and the environment in both a broader and a narrower sense².

Basically these phenomena of crisis raised awareness to corporate governance, as more and more realised that the functioning of the business sphere has a great influence on our everyday lives. The need for corporate governance was confirmed – besides other factors – by the intense legislation of this field. Since the adoption of the Securities Exchange Act in 1934, there was no such vociferous and overall reform as the Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act, the Sarbanes-Oxley Act of 2002³. The reform brought an

¹ See András Kecskés, *Az Enron botrány és az üzleti jog rohadat almái*, Magyar Jog (2008/June), p. 429.

² See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 198.

³ See András Kecskés, *Befektetővédelmi reformok az Egyesült Államokban és Európában*, Magyar Jog (2009/May) pp. 298-304.

unprecedented strictness for the companies in the capital markets of the United States. The reason behind this is the very intense interest of the public and the media in revealing the causes of the crisis and in the efforts taken to produce efficient remedies for the problems. American politics – with a perceptibly behaviourist attitude⁴ – was forced to make a move. The pressure was increased by the central role of the United States in the global economy. No wonder that the following phrase became an adage: “when America sneezes, the whole world catches a cold”. Thereafter the elements of the regulation applied to American capital markets have become the foundations of the planned reforms in other parts of the world as well (European Union, Japan, etc.) – a result of the competition in ensuring the safety of investors.

Furthermore the role of conscious consumer behaviour – which favours socially responsible companies and their products – keeps growing in the developed Western countries. Concurrently socially harmful companies applying notoriously negligent governance systems have become a target of criticism. This attitude was not only expressed towards consumer goods and commodities markets, but also towards the products of the capital market. Therefore regulated markets followed the example of governments – while governments laid down law, stock exchanges created “soft law”⁵. Such soft law comprises recommendations that may not be obligatory⁶, but compliance with them might be a condition of registration⁷.

The resistance of the business sphere against efforts to strengthen corporate governance was eventually broken by the consideration of socially responsible companies (or the ones that intended to be seen as socially responsible) to define themselves by the renewed institutions of *corporate governance* before investors, consumers, business partners and the society. Emphasising corporate governance facilitates that corporations engaged in redefining themselves, can distance themselves from the companies that were involved in the scandals. Therefore companies intending to maintain the illusion of social usefulness must take part in the reforms and bear the costs of good corporate governance⁸. The consequences of the regulatory reform were not at all cheap. The new instruments in the highlight of the reforms of 2002 significantly increased the operational costs of the internal control systems (such as committees) of the companies. Additionally, external control (for example auditing) became demonstratively more expensive too. The

⁴ Political responses to corporate scandals tend to efface professionalism by soothing behaviourist emotions in the short term.

⁵ See Eddy Wymmeersch, *Implementations of the Corporate Governance Codes*, pp. 403-419. In *Corporate Governance in Context Corporations, States and Markets in Europe, and the US* (ed.: Klaus J. Hopt) Eddy Wymmeersch, Hideki Kanda, Harald Baum), Oxford University Press, 2009, p. 418.

⁶ Cf. Lutz-Christian Wolff, *Self-Governance German Style: Comply or Explain... But If You Explain We Will Make You Comply*, *The Corporate Governance Law Review* (2005) Vol. 1, No. 3, pp. 371-383.

⁷ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013. p. 199.

⁸ See Roberta Romano, *The Sarbanes-Oxley Act and the making of Quack Corporate Governance*, *Yale Law Journal* (2004-2005) Vol. 114, pp. 1564-1565.

civil liability of managing directors was expanded, the members of managing bodies (management board, board of directors) have been placed under a joint and several liability. As a consequence of the regulatory reform, managers have to exercise a stronger control over *each other's* activities, because the principle of joint and several liability has come to the front and has become applicable in many fields. In this regard we must enhance joint and several liability for financial reports, which is justified by the fact that the corporate scandals which swept over the American capital market in 2002 were triggered by false financial reports.

Due to the corporate scandals, companies made efforts to attribute a central role to corporate governance. Pursuant to the latest practices of the science of corporate governance, it is a competitive advantage of bigger companies that the operation of the necessary institutions is pro rata less costly. Of these companies it is the listed corporations that need to comply with the strictest requirements of corporate governance, as it has become a basic expectation of the shareholders and thus an indispensable element of the strife for shareholder confidence⁹.

II. General remarks on corporate scandals

Recent corporate scandals shook the shareholder confidence in the United States and all over the world. It was clear to the decision makers that serious scandals, such as the ones surfacing in the case of *Enron*, cannot be left without consequences in the legislation affecting the operation of corporations. Therefore the experiences of the *Enron* scandal converged in the *Sarbanes-Oxley Act*. In order to gain a deeper insight into the issue, it is worth looking back at the end of the 20th century and at the beginning of the new millennium, when the overly optimistic attitude of investors was broken by the incorrect – on several occasions fraudulent – operation of the business sphere¹⁰.

The end of the 1990s was the era of hopefulness and excessive optimism in the American capital market. Although the negative effects of the Russian stock exchange crisis in 1998 had a serious impact on the world economy, positive tendencies became dominant by the end of the millennium. Markets kept growing, confidence was restored, thus a period of continuous development could be expected. Concurrently with technical development, new fields became the subject of investors' interest, as the new techniques and solutions in the business sphere became more and more accessible to consumers (on a global level as well). All that generated an unprecedented amount of profit for the ones that invested in the IT sector. Consumers demanded developed information technology innovations, so they became more and more popular. In the developed Western countries the use of the internet became part of everyday life, the World Wide Web moved into every

⁹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 199-200.

¹⁰ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 200.

household along with the (hardware and software) equipment it necessitated. The demand thereof made several companies extremely successful in a sector, which went through an immense progress throughout those years. Therefore the players of the IT industry became the centre of investors' attention. The possibilities to grow seemed so favourable that during this period millions of laymen (people with very little knowledge of business) invested in the securities of these successful (or seemingly successful) companies. The excessive investor confidence in the IT industry blew the dot-com bubble, which, when burst, posed several questions to the economists engaged in the efficient functioning of the markets¹¹.

In this period offering serious business opportunities, the activities of corporate managers were motivated by quick profit maximising. In the course of this they often neglected the proper quality of financial reports. In the middle of the general upswing, this phenomenon did not get serious attention from investors, as there were no worrisome signs on the markets.

The situation changed in the spring of 2000 and the market bubble seemed to burst. The possibilities of growth were over the summit, and more and more investors tried to get out of the companies that had performed extremely well previously. The selling of the shares resulted in an excessive supply on the market, which decreased the price of the securities. The terrorist attack against the twin towers of the World Trade Center on 11 September 2001 generated great insecurity at the stock markets, therefore the former investor confidence was not restored.

Many things that were self-evident and natural in the very recent past were buried under the twin towers. Global problems of a new type emerged at the beginning of the 21st century. The United States was preparing for a new kind of war, which within the war against terrorism, aimed at eliminating the threat that certain regimes represented and thereby increased security in the world. On the other hand, new trends appeared in the field of economy as well, projecting the birth of a new capitalism. Developing economies, such as China, India or even South-America, became more and more significant and were the new engines of the world economy and growth. Concurrently the economic growth of the developed Western countries started to slow down. In the United States it was revealed about many companies with wonderful results and growth that their fantastic financial reports were founded on false data. Consequently 2002 was the year of corporate scandals; the dot-com bubble, accounting frauds and the Enron scandal were constantly in the centre of attention in the United States. Soon it became obvious that corporate governance needed reforms in order to be able to promote the responsible operation of companies¹².

In his speech on 9 July 2002, President George W. Bush commented on the scandals, where he not only emphasised necessity of strictly enforcing conformity

¹¹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 200-201.

¹² See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 200-201.

with existing rules, with special regards to the personal accountability of the members of the management board, but also called for reforms and governmental intervention to restore trust in the markets.

The *Enron scandal* was however, only an overture to a series that demonstrated the irresponsible corporate governance applied by several big corporations during the recent era of growth. Companies like *Global Crossing*, *AOL*, *Xerox*, *Adelphia Communications* and *Tyco International* became involved in scandals similar to *Enron's*. These events were followed intensely by the media¹³ and caused the massive indignation of the public. When on 25 June 2002 *Worldcom* disclosed its genuine financial data, the panic reached its peak. Together with *Worldcom*, *Qwest* was put down on this long list as well. The fact that many audit companies – of the largest ones – were involved in the scandals demonstrated the shortcomings of the effective regulatory system. It is notable that the auditor of *Enron*, *Global Crossing*, *Worldcom* and *Qwest* was *Arthur Andersen*¹⁴.

By collapsing, *Worldcom* has made history with the greatest bankruptcy ever. Apparently it attained this dubious title by beating the record of *Enron*. As the scandals were evolving, it became clear that due to the pressure of the media, the wrath of the injured investors, and the indignation of the public, government intervention was unavoidable with regard to the reforms of the current regulation¹⁵.

III. Brief History of Legislation

One should note in connection with the adoption of the Sarbanes-Oxley Act that it received large support – from both parties. On 18 June 2002 the House of Representatives passed the bill of Representative Michael Oxley by a vote of 334 to 90, whereas on 18 June 2002 the Banking Committee of the Senate passed it by a vote of 17 to 4. On 15 June 2002 (not even three weeks after the outbreak of the *Worldcom* scandal) the Senate unanimously passed the bill by a vote of 79 to 0. Then the House of Representatives and the Senate formed a Conference Committee in order to reconcile the differences between the two bills, and on 24 June 2002 the final version of the bill was adopted, which was named the Sarbanes-Oxley Act of 2002. The following day the bill was approved with an overwhelming majority – by a vote of 423 to 3 in the House of Representatives and by a vote of 99 to 0 in the Senate –, and on 30 July 2002 President George W.

¹³ See David A. Westbrook, *Corporation Law After Enron: Possibility of a Capitalist Reimagination*, *Georgetown Law Journal* (2003-2004) Vol. 92, pp. 65-67.

¹⁴ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 201-202.

¹⁵ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 202.

Bush signed it into law. We find it necessary to introduce the proposers of the act and the related legislative process¹⁶.

IV. Paul Sarbanes and Michael Oxley

The full name of the Act which was adopted as a reaction to the corporate scandals in the United States is the *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002*. The preamble of the Act indicates that the correct form of its name shortened for the purpose of reference is *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, which not only showcases the names of its sponsors but also captures the memories of the different legislative phases as well. The Act has become known as the *Sarbanes-Oxley Act* worldwide (and for certain reasons perhaps it has become notorious as well) among professionals in business and auditing circles, moreover the even shorter version of “SOX” is often used as well. For the above reason we should recall the political career and works of Paul Sarbanes, a democratic senator and of Michael Oxley, a republican representative.

Senator *Paul Sarbanes* was born into an Greek immigrant family from Laconia in 1933 in the town of *Salisbury*, on the Eastern shore of *Maryland*. He graduated from *Princeton University*, but he also won a scholarship to the *University of Oxford* in England, where he achieved outstanding results in his studies. He was elected as senator in 1976 for the first time, but he was continuously re-elected up until his retirement in 2006. Thereby he was and still is the longest serving senator of Maryland. He was a member of several house committees, including the Watergate Committee in 1974 (he was already a representative then) and the Budget Committee. In 2002 he was the Senate sponsor of the Sarbanes-Oxley Act, which soon put his name in the limelight¹⁷.

Representative *Michael Garver Oxley* was born in 1944 in *Findlay, Ohio*. He received a law degree from *Ohio State University* in 1969. In the early stage of his career he worked for the *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, he was elected a representative in 1981. In 2004 he defeated the Democrat Ben Konop in a sharp-edged election campaign, and soon thereafter he announced his retirement as of the expiry of his mandate in 2007. In 2002 he was the Congress sponsor of the *Sarbanes-Oxley Act*, which brought him fame all over the world.

The above facts reveal that both the Democratic and the Republican Parties supported the act during the legislative process. The consensus achieved, however, was not only due to the well-founded professional conviction, but also to the fact that in the midst of the increasing attention and pressure from the public, both parties wished to reap the benefits of determinedly acting against corporate

¹⁶ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 202.

¹⁷ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 202-203.

frauds. Therefore party interests, propaganda purposes and aims of political marketing might have had a role in the cooperation. Even the name of the act brings up one of the most vehement criticisms: professional objectives were overshadowed by goals of popularity. Wide-ranging cooperation does not necessarily guarantee professional quality¹⁸.

V. Provisions of the Sarbanes-Oxley Act

1. Introductory provisions

The *Sarbanes-Oxley Act* comprises three short introductory sections prior to the first substantive chapter. The first section – as we have mentioned before – stipulates the short title of the act and lists the titles.

The second introductory section includes definitions on the one hand¹⁹, and on the other hand it stipulates that Section 3 of the *Securities Exchange Act of 1934* shall be amended by the contents of the *Sarbanes-Oxley Act*.

The third – and last – introductory section sets forth the sanctions of violating the Act. Pursuant to the above, the *Sarbanes-Oxley Act* is in fact the amendment of the *Securities Exchange Act of 1934*, so its system of sanctions is arranged accordingly. It is stated that a violation by any person of the *Sarbanes-Oxley Act* (or any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission or any rule of the Public Company Accounting Oversight Board) shall be treated in the same manner as a violation of the *Securities Exchange Act of 1934*, and any such person shall be subject to the same penalties²⁰.

2. Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)

The *Sarbanes-Oxley Act* established the *Public Company Accounting Oversight Board* (hereinafter: the *PCAOB*) in order to supervise independent audit firms, aiming at the efficient institutional oversight of auditors. This measure was justified by the fact that audit firms had a contradictory role in the corporate scandals.

Title I of SOX prescribes the establishment of the *PCAOB*, its composition, its duties and competences and its financing. The Board is a non-profit corporation set up by the *Sarbanes-Oxley Act* – therefore under federal law – that supervises the auditors of public corporations. The main purpose of its activities is to ensure that investors receive informative, realistic and independent auditor's reports.

In order to do that, *the PCAOB* firstly registers companies that are engaged in the auditing of public corporations. As a part of its legislative activities, it sets the standards for audited reports with regards to auditing, quality control, ethics and independence.

¹⁸ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 203.

¹⁹ Including the term of PCAOB, issuer, board, etc.

²⁰ *Sarbanes-Oxley Act*, Sections 1-3. Also see András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 204-205.

It furthermore oversees the companies it has registered and applies the necessary sanctions in the case of any abuse²¹.

The name of the Board gives the opportunity for a special pun. The American business slang often calls the Board 'Peekaboo', similar to but not exactly the same as the abbreviation PCAOB. Peekaboo is a game, usually played with babies by hiding and suddenly revealing one's face in front of a child and saying: 'Peekaboo! I can see you!'. This nickname obviously refers to the wide ranging authorities²² and supervisory functions of the see-it-all Board.

The Act sets forth strict rules regarding conflicts of interest obliging the members of the Board, so that they duly perform their supervisory obligations. These rules guarantee their independence from both the government and the business sphere.

Consequently the PCAOB operates as a non-profit, non-governmental organisation. No members of the US government can be appointed as members of the Board.

As regards the composition of the Board, it comprises five financial experts, whose mandates last for five years. Two of the members shall be certified public accountants, whereas the other three members may not be accountants either currently or previously. The chairperson of the Board may be a certified public accountant, however only if he or she has not been a practicing accountant of a public corporation for at least five years prior to his or her appointment²³. This last provision should be viewed as an instrument of ensuring independence and preventing possible conflicts of interest²⁴.

The members shall serve on a full-time basis. It is also a guarantee of their independence that they cannot receive any kind of payment from the companies falling under the scope of SOX. Obviously some fixed and continuous payments, such as pension, are exempted, as due to their nature, these payments are not suitable for exercising any kind of financial influence.

The members are appointed by the *Securities and Exchange Commission (SEC)*, after consulting with the Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System and with the Secretary of the Treasury. They may be re-elected only once. The SEC may only remove the members prior to the expiry of their mandates with a proper justification²⁵.

²¹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 205.

²² Cf. Arthur Acevedo, *How Sarbanes-Oxley Should be Used to Expose the Secrets of Discretion, Judgement and Materiality of the Auditor's Report* in De Paul Business and Commercial Law Journal (2005-2006) Vol. 4, p. 8.

²³ See Arthur Acevedo, *How Sarbanes-Oxley Should be Used to Expose the Secrets of Discretion, Judgement and Materiality of the Auditor's Report* in De Paul Business and Commercial Law Journal (2005-2006) Vol. 4 p. 8.

²⁴ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 205-206.

²⁵ Sarbanes-Oxley Act, Section 101.

The Act prescribes the registration by the PCAOB for all companies that carry out accounting services for public corporations. Therefore, pursuant to SOX, an audit company without a PCAOB registration pursues its activities unlawfully. The relevant audit companies must comply with wide-ranging disclosure obligations, including the disclosure of the names of companies for which they prepared an annual report, and of those for which they will presumably prepare one²⁶. They also have to report the amount of fees they receive from their clients, indicating the sums they get for audit, accounting and non-audit services. They also have to reply to the PCAOB's questions regarding financial information and reports.

Furthermore they have to present a statement on the quality control of their services. They also have to list all their accountant employees who carry out audit services, and they have to report all criminal, civil and administrative procedures against the company or any of its employees in connection with audit reports²⁷.

The audit companies registered by the PCAOB must submit their annual reports to the Board. If the Board requests so, the companies have to comply with further disclosure obligations. The increased administrative burdens and compliance with these disclosure obligations obviously increase the operational costs of the audit companies. Moreover, the PCAOB is entitled to collect registration and membership fees from the registered companies²⁸.

The PCAOB has the important legislative task of defining accounting standards. Consequently, it must cooperate with the designated groups of accountants and consultants that are convened in connection with the standards of different fields set forth by the Act. The proposals of such groups do not bind the PCAOB, it can accept them, but it is also entitled to complete, amend, abate or refuse them. The Board must annually report to the SEC on the adoption of standards applicable in audit activities²⁹.

Pursuant to the Act, companies registered by the PCAOB shall for a period of seven years keep all the documents and pieces of information related to their audit activities, which can support the conclusions drawn in the reports. Registered companies are obliged to introduce the standards of quality control, and to have their reports reviewed and confirmed by an external partner.

One of the accounting standards – prescribed by Section 404 which we will elaborate on later – aims at the inspection of the internal control system³⁰. Pursuant to this standard, the auditor must assess if one can get a clear image of

²⁶ See Arthur Acevedo, *How Sarbanes-Oxley Should be Used to Expose the Secrets of Discretion, Judgement and Materiality of the Auditor's Report* in De Paul Business and Commercial Law Journal (2005-2006) Vol. 4, p. 8.

²⁷ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 206.

²⁸ Sarbanes-Oxley Act, Section 102.

²⁹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 206-207.

³⁰ See Arthur Acevedo, *How Sarbanes-Oxley Should be Used to Expose the Secrets of Discretion, Judgement and Materiality of the Auditor's Report* in De Paul Business and Commercial Law Journal (2005-2006) Vol. 4, p. 8.

the financial situation of the issuer based on the internal control structure and the data the issuer had processed thereof (transactions, grouping of financial instruments)³¹. It is also the obligation of the auditors to make sure that the financial transactions of the issuer are properly documented, as thorough documentation is necessary for the preparation of the reports in conformity with GAAP and the indication of weak points within the internal control system of the respective company³². These provisions were included in the legislation clearly in order to prevent the fraudulent conducts that had been experienced in the corporate scandals³³.

The legislative role of the PCAOB with regard to accounting standards in the new legislation broke away from the general practice that had prevailed since 1940, according to which the accounting profession itself set the standards of its functioning³⁴. This can be regarded as a major step from self-regulation towards obligatory legislation, as at this point the obligatory rules ensuring the safety of investors are defined by an independent body comprising of financial experts.

The Act stipulates inspection obligations as well, the PCAOB was granted wide authority with regard to inspections.

Pursuant to the rules on the inspection of registered companies, the Board shall annually carry out the inspection of the accounting firms that regularly provide audit reports for more than 100 issuers, and at least once in every three years of all other accounting firms³⁵.

The PCAOB has a wide competence during the inspection procedures. It can launch investigations if it finds that the registered accounting firms or employees thereof might violate the Sarbanes-Oxley Act, the PCAOB, or other provisions of securities law. As a guarantee of efficient procedures, the registered firms and their employees are bound by a strict obligation to cooperate (provide data, testify). If the investigation establishes a violation, the PCAOB may impose sanctions on the registered firms or their employees (suspension, exclusion, money penalty)³⁶. The Board may also impose a sanction on firms that have not supervised their employees with due care with regard to their audit activities or compliance with

³¹ See Clyde Soltenberg, Kathleen A. Lacey, Barbara Crutchfield George, Michael Cuthbert, *A Comparative Analysis of Post-Sarbanes-Oxley Corporate Governance Developments in the US and European Union: The Impact of Tensions Created by Extraterritorial Application of Section 404*, in *American Journal of Comparative Law* (2005), Vol. 53, p. 465.

³² Sarbanes-Oxley Act, Section 103.

³³ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 206-207.

³⁴ See Arthur Acevedo, *How Sarbanes-Oxley Should be Used to Expose the Secrets of Discretion, Judgement and Materiality of the Auditor's Report* in *De Paul Business and Commercial Law Journal* (2005-2006) Vol. 4, p. 10.

³⁵ Sarbanes-Oxley Act, Section 104. Also see András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 207.

³⁶ As a general rule, the SOX sets the limit of money penalties at USD 100,000 for natural persons and at USD 2,000,000 for legal entities.

quality control provisions. Consequently it is the principle of the regulation that audit firms are responsible for the wrongful conduct of their employees, which will motivate such firms to strengthen their internal control systems.

The documents and data kept by the PCAOB are not public; they are treated as confidential and privileged information during the course of administrative and court procedures. However the Act grants access to these data for the SEC, the Attorney General of the United States and other state organs³⁷.

The SOX sets forth that registration is mandatory for foreign audit firms as well if they provide audit services to companies falling under the scope of SOX or to their foreign subsidiaries. The extraterritorial effect of the Act is demonstrated in this aspect as well. Therefore foreign audit firms are bound by SOX and the regulations of the PCAOB and the SEC to the same extent as the audit firms that are established and operate under federal law or the laws of any state³⁸.

For the sake of public interest, the interests of investors and legality, the SEC has supervisory and oversight authorities over the PCAOB. As a part of its authority, it is entitled to expand the duties of the Board by instructions or regulations, or to order to document certain data³⁹.

The PCAOB notifies the SEC and cooperates with it in the case of all investigations related to the violation of securities law. It also informs the SEC of all resolutions adopted in procedures in connection with any companies within its competence or any employee thereof. Pursuant to the oversight authorities of SEC, it may review the resolutions of the PCAOB and modify the scale of the applied sanctions⁴⁰. The supervisory authority of the SEC offers a professional control over the activities of the PCAOB.

It enhances the flexibility of accounting laws that the SEC may approve as generally accepted accounting principle (i.e. as GAAP) any such principles that are set forth by an organisation that complies with SOX – that is being founded for the purpose of setting standards.

According to the criteria set forth by SOX, such organisations must be independent legal entities, and must be managed by a board of trustees the majority of whom have not been associated persons of any registered public accounting firm during the two-year period preceding their service in the organisation. The financing of the organisation must be similar to that of the PCAOB. The decisions of the organisation have to be made by a majority vote that enables the organisation to make decisions speedily. Furthermore, the organisation needs to have discretion when adopting the standards with regard to their updating and international convergence⁴¹.

Pursuant to SOX, the funding of the operation of the PCAOB mostly comes from audit firms. The income of the PCAOB comprises the registration and annual fees of the audit firms, and it is also entitled to collect from issuers an annual

³⁷ Sarbanes-Oxley Act, Section 105.

³⁸ Sarbanes-Oxley Act, Section 106.

³⁹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 207-208.

⁴⁰ Sarbanes-Oxley Act, Section 107.

⁴¹ Sarbanes-Oxley Act, Section 108.

accounting support fee up to a reasonable degree⁴². This financing system supports the arguments of those who see the increase of costs in the business sphere as the most detrimental effect of SOX.

It is a popular opinion with regard to the establishment of the PCAOB that it means the end of the era of self-regulation for the audit profession⁴³.

3. Independence of auditors

Title II of SOX sets forth the regulation regarding auditor independence, which has been the subject of increased attention since the corporate scandals. As a result of corporate interlocks, many audit firms were affected by the scandals. *Arthur Andersen* practically went bankrupt due to the loss of credibility it had suffered as a consequence of its role in the *Enron* scandal. Therefore it was especially important to restore investor trust in this field by way of efficient legislation.

At this point we must highlight the SOX provision, according to which it is forbidden for an audit firm to provide any non-audit services to issuers if it is in fact the auditor of that particular issuer. (Such non-audit services are bookkeeping or other services related to the accounting records, the design and implementation of financial information systems, appraisal or valuation services, internal audit outsourcing services, management functions or human resources, broker or dealer, investment adviser or investment banking services, any other legal or expert services that are unrelated to the audit, and any other service that the Board determines, by regulation, impermissible.) However the PCAOB may exempt any person, auditor or issuer from this prohibition, but only subject to review by the SEC⁴⁴.

In order to prevent corporate interlocks, the SOX also prohibits that an audit firm performs audit services to an issuer for a period of more than five years. Therefore issuers falling under the scope of SOX are obliged to rotate their audit partners every five years.

In the brokerage scandal in Hungary in which 3 smaller brokerage firms and a savings a loan group declared bankruptcy within 2 months of early 2015 it turned out, that out of 4 bankrupt companies three had the same auditors⁴⁵. This occasion has made the Hungarian authorities to follow suit and apply the above-mentioned

⁴² Sarbanes-Oxley Act, Section 109.

⁴³ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 208-209. Also see Arthur Acevedo, *How Sarbanes-Oxley Should be Used to Expose the Secrets of Discretion, Judgement and Materiality of the Auditor's Report* in *De Paul Business and Commercial Law Journal* (2005-2006) Vol. 4, p. 7.

⁴⁴ Sarbanes-Oxley Act, Section 201. Also see András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 209.

⁴⁵ See Buda-Cash/Quaestor – Egy könyvvizsgáló a közös kapocs a brókerbotrányban *GazdasagPortal.hu*, 13th March 2015. Available at: <http://gazdasagportal.hu/index.php/buda-cashquaestor-egy-konyvvizsgalo-a-kozos-kapocs-a-brokerbotranynban/> [Accessed 1st September 2015.]

provision of changing the audit partners every five years⁴⁶ – as part of a new regulation with which the aim was to foster the financial intermediary system. As regards the extensive relations formed in the business sphere, there are many criticisms considering the efficiency of this provision. Another argument against the rotation of audit partners is that auditors lose their up-to-date knowledge about their clients and later on they will have to familiarise with the issuers again. Besides the rotation of audit firms, it would be interesting to inspect the rotation of the auditors as well.

Pursuant to SOX, the auditor has to inform the audit committees of all applied policies and practices, of the discussions and communication with the issuer's management. The independent members of the audit committee can thereby acquire a clear picture of the company's situation and of the applied accounting practices. Due to their liability for the activities of the auditor, the latter is necessary in order to assess the adequacy thereof⁴⁷.

Besides the above, pursuant to the rules on conflict of interest, the registered firms may not audit any company if a chief executive officer, controller, chief financial officer, chief accounting officer, or any person serving in the equivalent position for the issuer, was employed by the respective audit firm during the one-year period preceding the date of the audit⁴⁸.

4. Liability issues

By amending the provisions of the Securities Exchange Act of 1934, the SOX clarifies the duties of audit committees and defines the criteria of membership with regards to professional attributes and independence. Pursuantly, all members of the audit committee of the issuer must be a member of the board of directors. Otherwise however, they must remain independent, which means that besides their functions as directors, they cannot receive any other compensatory fee from the issuer, and they cannot maintain any kind of business relationship with the issuer or any subsidiary thereof (however the SEC can make exemptions in justified cases).

The audit committee is directly responsible for the appointment, remuneration and the supervision of the work of the auditor employed by the issuer. This provision is a serious motivation for the independent members to oversee the lawfulness and the adequateness of the audit. Audit committees also investigate the conflicts between the management and the auditor, and give their comments on the audit report⁴⁹.

The chief executive officer and the chief financial officer shall certify in a statement attached to each annual or quarterly report that the data within are

⁴⁶ See Act LXXXV of 2015 on Amending Legislation Regarding Financial Intermediaries to Promote Their Development Section 35. para. 2.

⁴⁷ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 209-210.

⁴⁸ Sarbanes-Oxley Act, Section 206.

⁴⁹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 210. Also see Sarbanes-Oxley Act, Section 301.

correct and that they fairly present the operation and the financial conditions of the company. In the statement it is confirmed that the signing officer has reviewed the report and concluded that the report does not contain any faults or omit any necessary information and its contents are not misleading with regard to the conditions of the company. This provision was clearly necessary due to the lack of accounting discipline and the occasional fraudulent conducts experienced in the corporate scandals; it was inspired by the creative accounting techniques applied by Enron and Worldcom, and the falsified reports and the manipulations of the management. Pursuant to SOX, the chief executive officer and the chief financial officer are responsible for the establishment and operation of the internal control system as well⁵⁰.

For the above reasons, the SOX emphasises that it is forbidden for any officer or director to fraudulently influence, manipulate or mislead the auditors for the purpose of rendering the financial statements materially misleading. The executive officer and the financial officer bear significant financial responsibility for the accuracy of the reports, as they have to reimburse the issuer for any bonus or other incentive-based or equity-based compensation and for any profits realised from the sale of securities of the issuer, if the reports need to be disclosed anew within 12 months of the original issuing due to a significant mistake or because of a material non-compliance. The SEC is authorised to suspend from their positions any such person employed by a company falling under the scope of the Act if it finds that person unfit for such position⁵¹.

The SEC sets forth the professional and ethical rules applicable to the lawyers of issuers. Pursuantly the legal counsels are obliged to report evidence of a violation of securities law or capital markets law by the company or an employee thereof. If no measures are taken despite the report, the legal counsel shall present the matter to the audit committee. Legal counsels – as gatekeepers – also had a contradictory role in the series of scandals in 2002.

5. Financial transparency

In connection with the corporate scandals, it has turned out that the respective companies often applied “creative accounting” techniques. Such techniques were tucking away losses or blowing up profits by utilising subsidiaries, concealing “*off the balance sheet*” items and circumventing *non consolidation* rules. Therefore it was a primary purpose of the SOX to ensure adequate publicity for financial data and to strengthen the credibility of financial reports.

To this end, the Act prescribes that financial reports comprise all adjustments made by the auditor during the audit⁵². In order to ensure the transparency of the financial situation of companies and the realistic evaluation thereof, all annual and

⁵⁰ Sarbanes-Oxley Act, Section 302.

⁵¹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 210-211.

⁵² Sarbanes-Oxley Act, Section 401.

quarterly reports shall include all off-balance sheet transactions and relations with unconsolidated entities that materially affect the financial conditions of the issuer⁵³.

According to the provisions of the SOX, a company is not allowed to grant personal loans to their executives. There are limited exceptions; however, the Act allows such loans in the case of companies engaged in credit activities if the loan is made in the regular course of operation, under the terms applicable for everyone, with market conditions. Executives and shareholders holding at least a 10% ownership shall inform SEC of the transactions of the securities of the company⁵⁴.

Section 404 of SOX includes particularly strict liability rules. Firstly it prescribes that the annual report must comprise an internal control report, which shall state the responsibility of management for establishing and maintaining an adequate internal control structure and procedures for financial reporting. The report shall also include the assessment of the effectiveness of the internal control structure and procedures.

The SEC may review the information disclosed in accordance with SOX. This must take place every three years with regard to each issuer; however, the SEC may perform the review more often⁵⁵.

6. Other important provisions

In order to promote the successful retracing of corporate frauds, the SOX ensures the protection of employees that provide information about the issuer related to the fraud in a court procedure. Such employees are the *whistleblowers*. These people cannot be discharged, threatened or in any other manner discriminated against by the employer. If that happens nonetheless – and if there is substantial evidence thereof – the employee must be reinstated by the employer with the same seniority status and for the same remuneration. In order to remedy any damages and losses, the employer has to pay the amount of back pay with interest and compensation for any costs (such as attorney fees)⁵⁶.

The SOX intends to ensure that the credibility and trustworthiness of securities analyses are not influenced by personal interests and considerations. Title five comprises provisions with regard to SEC, the national securities exchange of the United States and to the employees of registered securities associations that publish securities analyses. These entities are obliged to set forth rules of conflict of interest in order to provide an objective and realistic view for the investors⁵⁷. The Act increases the severity of sanctions that are applicable if the executives violate

⁵³ For instance Enron hid a large amount of its losses through its subsidiaries, but on the other hand indicated a remarkable profit deriving from the transactions with the same subsidiaries. Enron also entered into several false transactions and hedges.

⁵⁴ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 211. Also see Sarbanes-Oxley Act, Section 402.

⁵⁵ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 211.

⁵⁶ Sarbanes-Oxley Act, Section 806.

⁵⁷ Sarbanes-Oxley Act, Section 501.

the law. Title eight regulates these matters by prescribing that whoever alters, destroys, falsifies, mutilates or conceals any record, document or tangible object with the intent to impede or influence an investigation by the authorities, shall be fined or imprisoned not more than 20 years⁵⁸. Auditors violating the SOX may face severe sanctions as well. If an auditor knowingly violates his or her obligation to maintain all audit and review workpapers for a period of at least five years, shall be fined or imprisoned for up to 10 years⁵⁹.

In general, one can observe that the Act enhanced the sanctions for white-collar crimes. The upper limit of imprisonment for tax fraud was increased from 5 to 20 years, whereas the violation of rules on the statement of the chief executive officer and the chief financial officer certifying the correctness of the financial report may result in a fine of one million dollars and/or 10 years imprisonment. If the crime was committed wilfully, the penalty is even more severe: a fine of five million dollars and/or 20 years imprisonment⁶⁰. These provisions can qualify as a significant deterrent later on for executives who believe that “creative accounting” and fraudulent conducts are permissible tools for the short-term maximisation of profits⁶¹.

VI. Criticism

The SOX has been a target of criticism since its enactment. Many regard – due to the above mentioned circumstances – that legislation was too hasty and unprofessional, claiming that the provisions of the Act were significantly influenced by the media frenzy generated by the corporate scandals, and also by the pressure of the public and by political considerations⁶². According to this approach, the Act reflects political needs rather than the observation of professional arguments.

It was also objected with regard to the contents of the Act that at many points it only repeats (or emphasises) provisions that are already included in other laws. Therefore SOX means no real reforms, and according to critical professional viewpoints, it only reorganises the previous rules on investor protection, corporate governance and accounting. The supporters of the Act however, consider SOX as significant as the securities and capital markets reforms in the 1930s in the United States.

The scope of the Act does not only cover American corporations, but all other public corporations that are registered on the American capital markets

⁵⁸ Andrew J. Fastow, the chief financial officer of Enron was sentenced to 6 years imprisonment for participating in the frauds.

⁵⁹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 212. Also see Sarbanes-Oxley Act, Section 802.

⁶⁰ Sarbanes-Oxley Act, Section 903.

⁶¹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 212-213.

⁶² See Roberta Romano, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, Yale Law Journal (2004-2005) Vol. 114, pp. 1521-1611.

(*extraterritorial effect*). European companies therefore often criticise the Act for regulating their operation with regard to problems that are of a specifically American nature. The SOX is relevant even in Hungary, as Magyar Telekom, a member of the Deutsche Telekom group has been listed on the New York Stock Exchange since 1997⁶³.

Presenting corporate scandals and the problems leading to them as strictly American phenomena contradicts our observations. Corporate frauds have been present everywhere and probably they cannot be entirely eliminated. The European scandal of *Parmalat* is often mentioned in the world of business law – with a bit of irony – as the *Enron* scandal of Europe⁶⁴. The reason behind this argument is that the European companies wishing to be listed on the American capital markets view the strict requirements of SOX as a significant obstacle. Furthermore, it may be perceived as an additional difficulty to harmonise the relevant community and domestic law with the provisions of SOX.

Doubtless the American and European solutions are often not in conformity with each other. The SOX is often criticised for making companies that are present on both the American and the European capital markets comply with both sets of requirements.

As an example, we can observe that SOX – in order to ensure the presence of independent members – prohibits the representation of employees in the supervisory board, the board of directors or in other committees. The reason for this is the lack of independence on the side of the employees. In many member states of the European Union there are long-established traditions for employee representation, and this is reflected in the mandatory provisions of domestic laws as well⁶⁵. For instance in Hungary, Section 3:119 of the Civil Code sets forth that if the annual average of the number of full-time employees of the company exceeds 200, the employees are entitled to participate in the supervision of the company – provided that the workers' council has not agreed otherwise with the management. In this case one third of the supervisory board members are the representatives of the employees. If one third is a fraction, the number of the supervisory board members shall be determined in favour of the employees⁶⁶.

Besides Europe, Asia also has had similar scandals out of which two should be mentioned. Both of them happened in Japan, which were rooted in country specific reasons such as group-thinking and subordinate attitude of employees which

⁶³ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 213.

⁶⁴ See Clyde Soltenberg, Kathleen A. Lacey, Barbara Crutchfield George, Michael Cuthbert, A *Comparative Analysis of Post-Sarbanes-Oxley Corporate Governance Developments in the US and European Union: The Impact of Tensions Created by Extraterritorial Application of Section 404*, in American Journal of Comparative Law (2005) Vol. 53, p. 459.

⁶⁵ See Elias Mossos, *Sarbanes-Oxley Goes to Europe: A Comparative Analysis of United States and European Union Corporate Reforms After Enron*, Currents International Trade Law Journal (2004) Vol. 13, p. 10.

⁶⁶ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 213-214.

should have been counterbalanced by outside scrutiny of auditors, legal advisers and the strict oversight activities of the authorities for all public companies.

One of such cases was the Olympus scandal⁶⁷. From the early 1990's the company had tried to conceal investment losses by creating a special purpose entity (SPE) to buy battered securities at market value. It was also part of the cover-up scheme that between 2006 and 2008 Olympus had bought three tiny start-up firms with no relation to the core activities of the company for \$773 millions. The stake was further raised in 2008⁶⁸ when Olympus had paid \$687 million advisory fee for stating the much inflated price of preference shares of Gyrus as appropriate. It only took a few months for the new CEO in October 2011 to reveal the frauds of two decades, but Michael Woodford was ousted soon. The stock price started to fall more than 70% in one month, until in November 2011 a new president, Mr Takayama was appointed, who managed to clean up the previous frauds, as he was not involved. The purge was not simple as the fraudulent practices were intertwined with the company, much like a tumour growth; it took the two outside top managers a while getting the company to face its erroneous past.

The second case was the Toshiba scandal. In June 2015 the company had to postpone publishing its results by three months⁶⁹ because as they found that their results were overstated by \$1200 million covering the 2010 to 2015 period. On the 31st August 2015⁷⁰ they asked for another week delay for announcing results because of 10 newly revealed accounting errors. In this case the top managers had a similar past during their ascent on the corporate ladder. Both of them knew about the dishonest practices, but they were reluctant to act against it. In this case the top managers shared a similar past during their ascent on the corporate ladder. Because of that, in spite of their knowledge about dishonest practices, they were reluctant to act against them. This case showed a new problem, which can only be rectified at a regulatory authority level, since audit groups did exist only one of three external members had financial background. This is the result of the common practice in Japan that close allies are nominated most of the time, such as former diplomats of the top management, instead of accounting or financial experts which

⁶⁷ See Gus Lubin, *This Olympus Fraud Is Bigger And More Shocking Than You Realize*, *Business Insider*, 8th of November 2011, available at: <http://www.businessinsider.com/tsuyoshi-kikukawa-olympus-2011-11#ixzz3kUh5POMJ> [1st September 2015].

⁶⁸ See 2011, Financial adviser falsified estimates for Gyrus buyout *The Japan Times*, 17th of November. Available at <http://www.japantimes.co.jp/news/2011/11/17/business/financial-adviser-falsified-estimates-for-gyrus-buyout/#.VeW4DX0ggkt> [1st September 2015].

⁶⁹ See Karyn Nishimura-Poupee, *Toshiba scandal exposes Japan Inc.'s governance flaws*, *Business Insider*, 26th July 2011, available at: <http://www.businessinsider.com/afp-toshiba-scandal-exposes-japan-inc.s-governance-flaws-2015-7#ixzz3kVA0c8GY> (1st October 2015).

⁷⁰ See Ritsuko Ando, *Toshiba scandal continues as more accounting errors found* 31 August 2015, available at: <http://www.reuters.com/article/2015/08/31/us-toshiba-results-idUSKCN0R00SX20150831> [1st September 2015].

poses a great challenge to uncover errors and frauds and to oppose high ranking officials.

The Act is also criticised from another angle with regard to Section 404. The obligations relating to the internal control regulation cause immense costs annually, while they also result in a profit increase for audit firms. Thus an extra cost is charged on the companies that bring down their efficiency. On the other hand, these costs practically mean considerable profit for those audit firms that were involved in the corporate scandals.

Members of the business world also complained about the five-year rotation of audit firms, as they consider the rule unrealistic. Critics claim that it results in an unnecessary stalling in the course of audit, moreover at the top of the business sphere there are commitments of several directions between the issuers and the auditors, which makes the switching of auditors an uncomfortable formality.

Compliance with the Act and the related costs disproportionately encumber the smaller listed corporations the most. These companies and the Chamber of Commerce representing them criticise the Act for making them pay for the sins committed by large companies at the turn of the millennium. The big companies and their organisation, the Business Roundtable, seem more willing to comply with the Act, demonstrating how they distance themselves from the companies that were involved in the corporate scandals.

It should be noted that SOX takes the activities of fraudulent corporations as a starting point, and therefore it smites those companies as well that keep to the rules and operate fairly in the business world. Thus SOX was criticised for generalising on the basis of the concrete events of corporate fraud, sometimes to an unreasonable extent⁷¹.

VII. Recent events and the Sarbanes-Oxley Act – Can history repeat itself?

The outbreak of the financial crisis in 2007 became the centre of attention and caused a severe recession in the world, its effects are still perceptible these days. The current state of the world economy is full of uncertainties, so we cannot exclude the possibility of another setback on the grounds of the crisis in 2007. As we can see however, this is not the first recession of a greater volume on the stock exchanges of the world since the turn of the millennium. With the bursting of the American *dot-com bubble* in 2002 it became obvious that the securities of the IT industry – which up to that point seemed unstoppable – were overrated on the markets. The bursting of the *tech bubble* resulted in a stock market crisis of a global extent, largely due to the fact that the biggest financial institutions and asset managers invested large amounts of money in the securities of the industry. Enron and Worldcom, two of the biggest asset managers in the United States also invested a lot of money in these companies, and by falsifying their financial reports;

⁷¹ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 213-214.

they could hide their losses from their investors for a long time. The deals carried out with subsidiaries and the non-transparent transactions were governed by the intention to demonstrate the greatest possible profit, as it was the only way to establish the grounds for the incredible performance of the company shares, which was indispensable for the executives in order to win the trust of the investors and have them vote for their enormous bonuses and other benefits. In order to make that happen, the executives aimed at disclosing reports that exceeded the results of the previous quarters and surpassed the expectations of analysts. Therefore the purpose of the performance-based remuneration system, which intended to increase the willingness of the risk-avoiding management to undertake risks, was overly successful⁷².

Following the loud burst of the American *dot-com bubble* in 2002, the upswing of the global capital markets reached its peak in the summer of 2007, but was quickly broken by the negative news from the American subprime mortgage market. This launched the process that led to the subprime crisis all over the world, causing a panic on the stock markets, and resulted in a global financial crisis by the autumn of 2008. Thereafter, the problems of financial systems and the liquidity emergencies of financial institutions had a negative impact on the real economy.

Later on the banks that had undertaken excessive risks and piled up “toxic assets” had to be rescued by the state in order to prevent even more severe problems. This further increased the budgetary overload of developed economies that had already struggled with a high national debt.

The liberal credit practices prevailing on the real estate markets of the United States were in the background of the causes of the crisis. The optimism of the market was based on the false presumption that intensely growing real estate prices would carry on growing just at the same rate in the future. This consideration motivated financial institutions to make secondary mortgages against properties that had already been encumbered by a previous mortgage, under the presumption that the future growth in the value of the property would provide a sufficient cover. Here we must note the failure of risk analyses and credit ratings, as among the recipients of such loans there were many with low incomes who otherwise would not have been qualified as creditworthy⁷³.

Individual borrowers spent a significant amount of the received money on consumer goods and investments on the stock market. We must agree with the popular opinion that American people spent more than they had, and financed the difference partially from mortgage loans.

The financial institutions granting the loans securitised their claims and offered them as financial instruments on the capital market in order to further increase their liquidity. These securities were generally issued through their subsidiaries, often

⁷² See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 214-215.

⁷³ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 215.

special purpose entities (*SPE*-s), which might remind us of the American corporate scandals of 2002 (*Enron*, *Worldcom*), as the subjects of fraudulent transactions were special purpose entities then as well. Transactions through special purpose entities contributed to the forming of the dot-com and subprime bubbles, as the profits deriving thereof were indicated in the financial reports, on the other hand, a great portion of the loss was not. At the same time effective accounting rules were often neglected (or interpreted with excessive flexibility). In this regard, the provisions of the *Sarbanes-Oxley Act* could not prevent history from repeating itself⁷⁴.

The securities issued through special purpose entities were evaluated by the largest credit rating agencies (for example S&P, Moody's, Fitch) with regard to the risks they represented. The rating may not have been very thorough, as they were ready to grant the best qualification to those securities that were based on mortgage claims, which practically could not be enforced once the real estate market crashed. Their evaluations were based on the risk analyses of the issuers which later on proved to be incorrect. The auditors can also be considered liable. The repeated shortcomings of the audit systems are the greatest failure of the practical application of the *Sarbanes-Oxley Act*, as it succeeded neither in setting up an adequate supervisory system, nor in forecasting problems. Current events allow us to conclude that auditors are still willing to focus on the interests of the issuers they audit if they receive a smashing amount of commission.

Mortgage-based securities were traded on a busy and speculative market, with the participation of several – often unsuspecting – small investors. The summer of 2007 brought changes to the trade of financial instruments on the secondary mortgage market. More and more clients were unable to pay back the loans and ended up bankrupt, therefore the banks had to enforce the mortgages. Selling the acquired real estates, however, reduced the prices due to the sudden expansion of supply⁷⁵.

In order to avoid panic, financial institutions started providing guarantees for securities based on subprime portfolios and offered through the above-mentioned special purpose entities. This decision, however, had a very severe accounting law-related consequence, namely the losses of the special purpose entities had to be consolidated in the financial reports, in other words, the off-balance sheet items were replaced into the balance sheet. This was in fact the repetition of the schemes of the corporate scandals in 2002, which means that the *Sarbanes-Oxley Act* failed to remedy the problems. (Besides, the financial supervisory system did not work perfectly either.)

The immense spread of derivative transactions meant that the crisis deepened and significantly increased compared to its initial scale. By applying great

⁷⁴ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, pp. 215-216.

⁷⁵ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 216.

leverages and carrying out obscure transactions, risks – and eventually, losses – were globally spread.

During the course of the financial-economic crisis, the issue of liability was often raised. Politics was criticised for adopting mild legislation due to corporate lobbying and benefits. This viewpoint however can be questioned as the regulatory reform of 2002 was widely criticised at the time of the enactment for being overly strict. Even strict contents cannot ensure the long-term and stable operation of the corporate sphere. Consequently we can say that the problem does not reside in the contents of the laws, but in their application and enforcement.

This is similar to the repeal of Glass-Steagall Act of 1933 (also known the Banking Act) by the Gramm-Leach Bliley Act in 1999 which enabled the commercial banks to affiliate with securities firms and vice versa. Even though the firewall built by the Glass-Steagall Act had already been weakened by federal authorities in the 1980's by allowing investment banks to acquire commercial banks and vice versa, the whole process was accelerated by Gramm-Leach Bliley Act. This resulted in holding companies with investment, commercial, and mortgage arms which together with the newly created mortgage securities (CDOs)⁷⁶ had a key role in creating a mortgage bubble in the US housing market resulting in a full-fledged financial crisis all over the world. In creating the housing market bubble the credit rating agencies have had a major role too. Instead of as being external advising partner – by giving advice to clients how to structure complex financial instruments – they had actually rated the very same products. As a result the rating agencies had an incentive to rate mortgages better than they were in reality and by packaging them in a complicated way so that the clients (even institutional investor from overseas markets like Europe and Asia) who bought these CDOs, could not see the real risk profile of the product.

Therefore we cannot regard unsatisfactory legislation as the *sole* reason of the financial crisis. In order to discover the factors which played a role therein, we should elaborate on the shortcomings of the financial supervisory system in the United States, which were part of the problem regarding the actual application of the laws, and thereby contributed to the financial crisis. As an example we can mention a significant scene of the financial crisis, which was given enormous publicity, the investment scandal related to *Bernard Madoff*. This case can increase our concerns regarding the efficient functioning of the financial supervisory system. The significance of the scandal was increased by the fact that many institutional investors suffered losses therein, which obviously resulted in a loss of prestige as well. *Madoff* in fact did not invest the financial assets that he had been entrusted to,

⁷⁶ CDO is a collateralized debt obligation. It involves a special purpose entity (SPE) which buys assets of corporate bonds and loans, commercial real estate bonds and mortgage-backed securities. The SPE separates the payments streams (cash flow) from these assets into a number of buckets called tranches. These tranches rated according to the probability of payment of the debtor, the highest rated called superior the ones that paid the first and have the lowest risk. The lowest rated tranche is the equity tranche; its cash flow is not paid off the underlying asset defaults. A CDO is a bond that pays out the cash flow of a given tranche. The CDO which is backed by non-prime assets called subprime CDO.

but used these assets to pay off his previous clients. By this activity he created the largest Ponzi scheme ever in world history, to the amount of 50 billion dollars. The ability of the supervisory organs to retrace inadequate business conducts in due time does not depend on the legislation on investor protection. It would have been a convenient method to cross-reference the stock of securities against the invested assets in order to reveal how efficient *Madoff's* investments were.

It is not the exclusive shortcomings of legislation (for example of the Sarbanes-Oxley Act) that in this case (and in others) such measures were not taken⁷⁷.

⁷⁷ See András Kecskés, Vendel Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers* (Translated by: Anna Tolnai and the Authors) HVG-ORAC – LexisNexis, Budapest-Wien, 2013, p. 217.

2. Valorificarea bunurilor din patrimoniul cultural național*

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

Abstract

This article analyses the legal regime of movable and immovable assets that are included in the national cultural heritage and the possibility of their recovery.

Thus, movable and immovable cultural assets that are part of the public property owned by the state or territorial administrative units cannot be sold, or otherwise the transfer is subject to the penalty of absolute nullity.

Instead, movable cultural assets, part of the private property, may be seized and sold, under certain special conditions. For example, cultural assets of outstanding value to humanity may be sold publicly, subject to the exercise of the pre-emption right by the Romanian state through the Ministry of Culture.

Historical monuments part of the public property owned by the state or territorial administrative units may be managed by public institutions, be subject to concessions, transferred for free usage to public utility institutions or leased, according to the law, with the authorisation of the Ministry of Culture or, where appropriate, of the decentralized public services of the Ministry of Culture.

Instead, the historic monuments that are part of the private property may only be sold subject to the exercise of the pre-emption right by the Romanian state.

Keywords: *movable assets, immovable assets, national cultural heritage, recovery*

Rezumat

* Studiu prezentat la conferința „Executarea silită în practică”, Timișoara, 3 iulie 2015.

** claudia.rosu@e-uvv.ro

În articol este analizat regimul juridic al bunurilor mobile și imobile din patrimoniul cultural național și posibilitatea de valorificare a acestora.

Astfel, bunurile culturale mobile și imobile, aflate în proprietatea publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, nu pot fi înstrăinate, sancțiunea fiind nulitatea absolută.

În schimb, bunurile culturale mobile, aflate în proprietate privată, pot face obiectul urmării silite și pot fi înstrăinate cu respectarea anumitor condiții speciale. De exemplu, bunurile culturale de valoare excepțională pentru umanitate, pot face obiectul unei vânzări publice, numai în condițiile exercitării dreptului de preempțiune de către statul român, prin Ministerul Culturii.

Monumentele istorice aflate în proprietatea publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, pot fi date în administrare instituțiilor publice, pot fi concesionate, date în folosință gratuită instituțiilor de utilitate publică sau închiriate, în condițiile legii, cu avizul Ministerului Culturii sau, după caz, al serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii.

În schimb, monumentele istorice aflate în proprietate privată, pot fi vândute numai în condițiile exercitării dreptului de preempțiune al statului român.

Cuvinte-cheie: *bunuri mobile, bunuri imobile, patrimoniu cultural național, valorificare*

1. Preliminarii

Regimul bunurilor din patrimoniul cultural național este reglementat prin O.G. nr. 68/1994 privind protejarea patrimoniului cultural național¹, de Legea nr. 182/2000 privind protejarea patrimoniului cultural național mobil² și de Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice³.

Prezentul studiu are ca obiect de analiză modul în care se pot valorifica bunurile mobile și imobile din patrimoniul cultural național.

Din start, menționăm că aceste bunuri se includ în categoria valorificării bunurilor cu regim de circulație special.

2. Valorificarea bunurilor din patrimoniul cultural național

2.1. Bunurile mobile din patrimoniul cultural național

¹ O.G. nr. 68/1994 privind protejarea patrimoniului cultural național a fost publicată în M. Of. nr. 247 din 31 august 1994, cu modificările și completările ulterioare.

² Legea nr. 182/2000 privind protejarea patrimoniului cultural național mobil a fost republicată în M. Of. nr. 259 din 9 aprilie 2014.

³ Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice a fost republicată în M. Of. nr. 938 din 20 noiembrie 2006, cu modificările și completările ulterioare.

Bunurile mobile din patrimoniul cultural național au primit o atenție aparte din partea legiuitorului, care a considerat că este necesar să reglementeze în mod special regimul juridic al acestor bunuri, prin Legea nr. 182/2000.

Astfel cum dispune art. 1 din Legea nr. 182/2000, se instituie regimul juridic al bunurilor aparținând patrimoniului cultural național mobil, ca parte a patrimoniului cultural național, și reglementează activitățile specifice de protejare a acestora.

Patrimoniul cultural național cuprinde, cum prevede art. 2 din Legea nr. 182/2000, ansamblul bunurilor identificate ca atare, indiferent de regimul de proprietate asupra acestora, care reprezintă o mărturie și o expresie a valorilor, credințelor, cunoștințelor și tradițiilor aflate în continuă evoluție; cuprinde toate elementele rezultate din interacțiunea, de-a lungul timpului, între factorii umani și cei naturali.

Legiuitorul a detaliat, în art. 3 alin. (2) din Legea nr. 182/2000, bunurile care sunt cuprinse în patrimoniul cultural mobil, acestea fiind bunurile arheologice și istorico-documentare, bunuri cu semnificație artistică, bunuri cu semnificație etnografică, bunuri de importanță științifică, bunuri de importanță tehnică.

Bunurile aparținând patrimoniului cultural național mobil fac parte, în funcție de importanța sau de semnificația lor istorică, arheologică, documentară, etnografică, artistică, științifică și tehnică, literară, cinematografică, numismatică, filatelică, heraldică, bibliofilă, cartografică și epigrafică, de vechimea, unicitatea sau raritatea lor, din:

a) *tezaurul patrimoniului cultural național mobil (s.n.)*, denumit în continuare *tezaur*, alcătuit din bunuri culturale de valoare excepțională pentru umanitate;

b) *fondul patrimoniului cultural național mobil (s.n.)*, denumit în continuare *fond*, alcătuit din bunuri culturale cu valoare deosebită pentru România.

Potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 182/2000, bunurile culturale mobile pot fi proprietate publică sau privată a statului ori a unităților administrativ-teritoriale sau proprietate privată a persoanelor fizice și a persoanelor juridice de drept privat.

Asupra acestor bunuri se pot constitui, potrivit formei de proprietate, în condițiile legii, un drept de administrare sau alte drepturi reale, după caz.

Circulația bunurilor culturale mobile este reglementată în Capitolul V din Legea nr. 182/2000. În art. 33, se prevede expres că bunurile culturale mobile clasate, aflate în proprietatea publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, sunt inalienabile, insesizabile și imprescriptibile.

Insesizabilitatea determină inadmisibilitatea urmăririi lor de către creditor. Fiind bunuri aparținând domeniului public, ele nu pot forma obiect al executării silite.

Această dispoziție corespunde regimului juridic al proprietății publice reglementat prin art. 861 alin. (1) C. civ., care stabilește caracterele dreptului de proprietate publică (inalienabilitatea, imprescriptibilitatea și insesizabilitatea)⁴.

Efectele inalienabilității sunt: *interdicția oricărei înstrăinări* – bunurile nu pot fi înstrăinate nici cu titlu oneros și, cu atât mai puțin, cu titlu gratuit; *imposibilitatea creării dezmembrămintelor de natură civilă* – dimpotrivă, drepturile reale

⁴ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

administrative sunt admisibile, întrucât, dat fiind caracterul lor revocabil, precar, nu sunt contrare regulii inalienabilității; *imposibilitatea de expropriere*⁵.

Imprescriptibilitatea se traduce prin imposibilitatea de a dobândi bunurile domeniiale prin uzucapiune sau posesie de bună-credință⁶.

Regula inalienabilității bunurilor din domeniul public nu este infirmată de posibilitatea constituirii unor drepturi reale specifice asupra acestor bunuri, cum sunt dreptul de administrare, dreptul de concesiune sau dreptul real de folosință, și nici de posibilitatea închirierii acestor bunuri⁷.

Cu totul altfel este situația bunurilor culturale mobile, aflate în proprietate privată. Astfel, aceste bunuri pot face obiectul urmăririi silite și pot fi înstrăinate, din moment

ce art. 35 din Legea nr. 182/2000 permite vânzarea publică a acestora sau intermedierea vânzării lor.

În cazul bunurilor culturale mobile proprietate privată, legea nu face nicio diferență în raport cu dreptul de proprietate al persoanelor fizice sau juridice.

Aceste prevederi sunt în acord cu dispozițiile art. 553 alin. (4) C. civ., care dispun că bunurile obiect al proprietății private, indiferent de titular, sunt și rămân în circuitul civil, dacă prin lege nu se prevede altfel. Ele pot fi înstrăinate, pot face obiectul unei *urmăririi silite (s.n.)* și pot fi dobândite prin orice mod prevăzut de lege.

Această înseamnă că, în principiu, bunurile proprietate privată pot fi supuse urmăririi silite.

Trebuie să avem însă, în vedere că, anumite bunuri proprietate privată, datorită importanței lor, precum și în considerarea unor interese de ordin general, sunt supuse unui regim juridic special, nerespectarea acestuia atrăgând sancțiuni administrative ori, după caz, sancțiuni civile (de exemplu, nulitatea actului juridic încheiat cu nerespectarea unei condiții speciale de validitate impuse de lege). Se includ în această categorie, de exemplu, bunurile din patrimoniul cultural național⁸.

Chiar dacă este permisă vânzarea sau intermedierea vânzării lor, aceste operațiuni nu se pot face la fel ca în cazul bunurilor care nu au un regim juridic special, ci, se efectuează numai prin operatori economici autorizați, în condițiile stabilite de Legea nr. 182/2000.

Astfel cum dispune art. 35 din Legea nr. 182/2000, autorizarea acestor operatori economici se face de Ministerul Culturii, cu avizul Comisiei Naționale a Muzeelor și Colecțiilor, cu respectarea normelor privind comerțul cu bunuri culturale mobile.

În vederea realizării transparenței vânzărilor, operatorii economici autorizați să comercializeze bunuri culturale mobile sunt obligați să afișeze la loc vizibil normele privind comerțul cu bunuri culturale mobile.

⁵ O. Podaru, „Comentariu la art. 861 C. civ.”, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență, vol. I. Art. 1-952*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 1187.

⁶ *Ibidem*, p. 1188.

⁷ *Ibidem*, p. 1187.

⁸ F. Morozan, „Comentariu la art. 553 C. civ.”, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență, vol. I. Art. 1-952*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 818.

Legiuitorul a reglementat în art. 35 din Legea nr. 82/2000 în detaliu obligațiile operatorilor economici autorizați să comercializeze bunuri mobile din patrimoniul cultural național.

În acest sens, operatorii economici autorizați au următoarele obligații:

- să dețină un registru în care să menționeze, corect și complet, numele și adresa ofertantului, descrierea și prețul fiecărui bun. Informațiile conținute în registru au caracter confidențial;

- să înștiințeze în scris, în termen de 5 zile de la data ofertei, serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii despre existența unor bunuri susceptibile de a fi clasate (potrivit art. 10 din Legea nr. 182/2000, prin clasare se înțelege procedura de stabilire a bunurilor culturale mobile care fac parte din categoriile juridice ale patrimoniului cultural național mobil, tezaur și fond).

- în termen de 5 zile să informeze în scris proprietarul bunului cu privire la posibilitatea de declanșare a procedurii de clasare;

- în termen de 3 zile de la data înregistrării în registrul propriu a bunurilor clasate în tezaur, să comunice în scris serviciului public deconcentrat al Ministerului Culturii, în a cărui rază teritorială își au sediul, punerea acestora în vânzare, precum și, după caz, să transmită un exemplar al catalogului editat în scopul organizării unei licitații publice, indiferent dacă bunurile scoase la licitație sunt sau nu sunt clasate în patrimoniul cultural național mobil.

Datorită importanței speciale a bunurilor culturale mobile, proprietate a persoanelor fizice sau juridice de drept privat, clasate în tezaur, urmărirea silită și valorificarea lor se poate face numai cu respectarea anumitor condiții.

Astfel, fiind bunuri culturale de valoare excepțională pentru umanitate, pot face obiectul unei vânzări publice, numai în condițiile exercitării dreptului de preempțiune de către statul român, prin Ministerul Culturii, și cu respectarea anumitor condiții, stabilite prin art. 36 din Legea nr. 182/2000.

Ministerul Culturii are calitatea de reprezentant legal în cadrul operațiunilor de valorificare a bunurilor culturale mobile, incluse în categoria *tezaur*.

În acest caz, trebuie respectată obligația operatorilor economici referitoare la comunicarea intenției de vânzare a acestor bunuri. Astfel, operatorii economici autorizați să comercializeze bunuri culturale mobile sunt obligați ca, în termen de 3 zile de la data înregistrării în registrul propriu a bunurilor clasate în tezaur, să comunice în scris serviciului public deconcentrat al Ministerului Culturii, în a cărui rază teritorială își au sediul, punerea acestora în vânzare, precum și, după caz, să transmită un exemplar al catalogului editat în scopul organizării unei licitații publice, indiferent dacă bunurile scoase la licitație sunt sau nu sunt clasate în patrimoniul cultural național mobil.

Serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii sunt obligate să transmită Ministerului Culturii, în termen de 3 zile de la primirea comunicării scrise a operatorului economic autorizat, înregistrarea privind punerea în vânzare a unui bun cultural mobil clasat în tezaur.

Dreptul de preempțiune este reglementat în detaliu în art. 1730-1740 C. civ. În acest sens, în condițiile stabilite prin lege sau contract, titularul dreptului de preempțiune, numit preemtor, poate să cumpere cu prioritate un bun.

Dreptul de preemțiune poate fi legal sau convențional și constă în aptitudinea conferită preemtorului de a cumpăra cu prioritate un anumit bun. Instituirea acestui drept reprezintă o derogare de la principiul liberei circulații a bunurilor și, mai ales, de la principiul potrivit căruia proprietarul dispune liber (exclusiv și absolut) de bunul său⁹.

În cazul bunurilor din patrimoniul cultural național suntem în prezența dreptului legal de preemțiune.

În dreptul comun, termenul în care preemtorul își poate exercita dreptul este de cel mult 10 zile în cazul vânzării bunurilor mobile, astfel cum dispune art. 1730 alin. (3) C. civ.

Termenele de acceptare a ofertei de vânzare sunt termene de decădere de ordine privată¹⁰.

Prin derogare de la termenele comune și în consonanță cu art. 1730 alin. (2) C. civ. – care dispune că dispozițiile privitoare la dreptul de preemțiune din Codul civil sunt aplicabile numai dacă prin lege sau contract nu se stabilește altfel –, termenul de exercitare a dreptului de preemțiune al statului este de maximum 30 de zile, calculat de la data înregistrării comunicării primite de la operatorul economic autorizat, iar valoarea de achiziționare este cea negociată cu vânzătorul sau cu operatorul economic autorizat ori cea rezultată din licitația publică.

Ministerul Culturii va prevedea în bugetul propriu sumele necesare destinate exercitării dreptului de preemțiune.

De aici, rezultă că, în principiu, Ministerul Culturii, va face tot ce este legal posibil, să achiziționeze aceste bunuri.

Bunurile din patrimoniul cultural mobil, nu vor putea fi vândute liber, decât sub condiția suspensivă a neexercitării dreptului de preemțiune de către Ministerul Culturii, respectiv, dacă sumele stabilite pentru vânzare, depășesc bugetul alocat.

În acest sens, art. 770 C. pr. civ. dispune că titularul unui drept de preemțiune care nu a participat la licitație nu va mai putea să își exercite dreptul după adjudecarea bunului¹¹.

Astfel, cum s-a arătat, textul instituie o sancțiune. Titularul unui drept de preemțiune în privința bunului scos la licitație este decăzut din dreptul de a mai putea invoca ulterior acest beneficiu (și de a-i exercita efectiv acest drept), dacă nu a luat parte la licitație¹².

Pentru a opera însă sancțiunea, este necesar ca beneficiarul dreptului de preemțiune să fi avut cunoștință de scoaterea bunului la vânzare silită, de data, ora și locul licitației. *Per a contrario*, dacă el nu a cunoscut aceste lucruri, de

⁹ M. Gavriș, „Comentariu la art. 1730 C. civ.”, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, vol. III. Art. 1650-2664, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 87.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială conform noului Cod de procedură civilă*, ed. a VI-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 307.

¹² G. Răducanu, „Comentariu la art. 770 C. pr. civ.”, în *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Vol. II, Art. 527-1133*, (coord. G. Boroi), Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 268.

principiu, ar putea formula contestație la executare, solicitând și repunerea în termen¹³.

În situația în care bunurile culturale mobile se valorifică, fără respectarea dreptului de preempțiune al statului român, sancțiunea este foarte drastică, cea a nulității absolute a vânzării. Această sancțiune este justificată, tocmai datorită valorii deosebite a acestor bunuri, statul român având interesul de a preveni ieșirea din patrimoniul său a bunurilor culturale mobile, incluse în sfera tezaurului.

Circulația bunurilor culturale mobile, proprietate privată, deși se poate realiza, este supusă unor condiții suplimentare, deoarece este necesar să se cunoască deținătorul actual al acestor bunuri, atât pentru evidența lor, dar și pentru o eventuală urmărire silită, pentru a oferi posibilitatea de exercitare a dreptului de preempțiune, în cazul celor incluse în categoria tezaur.

Art. 43. din Legea nr. 182/2000 prevede expres că persoanele fizice sau juridice de drept privat, proprietare ale bunurilor culturale mobile clasate, au obligația de a anunța în scris serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii în termen de 15 zile de la data transferării unui astfel de bun în proprietatea altei persoane, precum și de la data instituirii unui drept real asupra unui astfel de bun.

Mai mult, în cazul pierderii sau al furtului bunurilor culturale mobile clasate, proprietarii, titularii altor drepturi reale, titularii dreptului de administrare, precum și deținătorii cu orice titlu ai acestor bunuri au obligația de a anunța, în scris, în termen de 24 de ore de la constatare, organul de poliție din raza teritorială.

Atât în cazul pierderii și al furtului, cât și în cazul distrugerii totale sau parțiale a bunurilor culturale mobile clasate proprietarii, titularii altor drepturi reale, titularii dreptului de administrare, precum și deținătorii cu orice titlu ai acestor bunuri au obligația de a anunța în scris serviciul public deconcentrat al Ministerului Culturii în termen de 3 zile de la constatare.

După înregistrarea comunicării, serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii vor anunța imediat, în scris, organele de poliție din raza teritorială.

Legiuitorul a reglementat doar situația bunurilor culturale mobile, proprietate privată, deoarece cele aflate în proprietate publică, datorită insesizabilității nu sunt urmăribile de către creditor.

Astfel cum dispune art. 861 alin. (2) C. civ., proprietatea asupra acestor bunuri nu se stinge prin neuz și nu poate fi dobândită de terți prin uzucapiune sau, după caz, prin posesia de bună-credință asupra bunurilor mobile.

Stingerea dreptului de proprietate publică se realizează dacă bunul a pierit ori a fost trecut în domeniul privat, dacă a încetat uzul sau interesul public, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege, astfel cum dispune art. 864 C. civ.

Bunurile din *fondul* patrimoniului cultural național mobil pot fi urmărite și apoi înstrăinate, fără să fie reglementat vreun drept de preempțiune, care se întâlnește doar pentru bunurile din categoria tezaur.

În cazul lor, singura condiție este să se efectueze numai prin operatori economici autorizați, cu respectarea procedurii stabilite pentru comercializarea bunurilor mobile din patrimoniul cultural național.

¹³ *Idem.*

2.2. Bunurile imobile din patrimoniul cultural național

Bunurile imobile din patrimoniul cultural național sunt reglementate prin O.G. nr. 68/1994 privind protejarea patrimoniului cultural național¹⁴.

De asemenea, bunurile imobile au primit o reglementare separată, legiuitorul a adoptat și Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, care a abrogat O.U.G. nr. 228 din 24 noiembrie 2000 privind protejarea monumentelor istorice¹⁵.

Potrivit art. 1 din O.G. nr. 68/1994, patrimoniul cultural național este compus din bunuri culturale mobile și imobile cu valoare deosebită, de interes public, care sunt măturii de neînlocuit ale potențialului creator uman în relația sa cu mediul natural și cu mediul istoricește constituit de pe teritoriul României, ale istoriei și civilizației naționale și universale.

Bunurile imobile sau ansamblurile de bunuri imobile care prezintă valoare din punct de vedere arheologic, istoric, arhitectural, religios, urbanistic, artistic, peisagistic sau tehnico-științific sunt monumente istorice.

Legiuitorul definește felul în care se pot prezenta monumentele istorice. Acestea sunt obiective singulare sau constituite în ansambluri. Zonele de protecție aferente, stabilite prin documentațiile de urbanism și competențele lor artistice, elementele lor constitutive și elementele de mobilare interioară și exterioară, așa cum sunt ele definite sunt considerate ca parte integrantă a monumentelor istorice.

Și în privința bunurilor imobile, legiuitorul a detaliat care sunt monumente istorice. Acestea pot fi: monumente arheologice; situri arheologice; monumente și ansambluri de arhitectură; rezervații de arhitectură și urbanism; monumente de artă; clădiri, monumente și ansambluri memoriale; monumente tehnice; locuri istorice; parcuri și grădini.

Inițial, potrivit art. 2 din O.G. nr. 68/1994, în funcție de importanța lor, monumentele istorice se clasau în următoarele categorii:

- a) categoria A – monumente de valoare națională excepțională, reprezentative pe plan universal pentru civilizația României;
- b) categoria B – monumente de valoare națională;
- c) categoria C – monumente reprezentative pentru o anumită zonă, epocă, stil, autor, arie etnografică.

Bunurile culturale imobile care nu erau clasate în categoriile A, B sau C, reprezintă bunuri culturale comune.

Ulterior, prin art. 8 din Legea nr. 422/2001, clasificarea a fost redusă la două categorii. Monumentele istorice se clasează astfel:

- a) în grupa A – monumentele istorice de valoare națională și universală;
- b) în grupa B – monumentele istorice reprezentative pentru patrimoniul cultural local.

¹⁴ O.G. nr. 68/1994 privind protejarea patrimoniului cultural național a fost publicată în M. Of. nr. 247 din 31 august 1994, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁵ O.U.G. nr. 228 din 24 noiembrie 2000 privind protejarea monumentelor istorice a fost publicată în M. Of. nr. 616 din 30 noiembrie 2000.

Diferența de regim juridic se reflectă în exercitarea dreptului de preempțiune.

Monumentele istorice aparținătoare statului sau unităților administrativ-teritoriale se declară, potrivit legii, ca făcând parte din domeniul public sau domeniul privat al statului, respectiv al unităților administrativ-teritoriale, prin lege, la propunerea Ministerului Culturii și a Departamentului pentru Administrație Publică Locală.

Potrivit art. 29 din O.G. nr. 68/1994, monumentele istorice aflate în proprietatea publică sunt inalienabile.

Datorită caracterului inalienabil al acestor bunuri imobile, la fel ca la bunurile mobile, înstrăinarea acestora cu orice titlu sau pe orice cale este lovită de nulitate absolută.

Cu toate acestea, este permis transferul unor drepturi reale asupra monumentelor istorice între instituții publice, care se face însă, cu respectarea prevederilor din O.G. nr. 68/1994 și cu avizul prealabil al Comisiei Naționale a Monumentelor Istorice, respectiv al Comisiei Naționale a Muzeelor și Colecțiilor. În cazul monumentelor istorice este necesar și acordul organelor administrației publice centrale sau locale în subordonarea cărora se află instituțiile respective.

Astfel, art. 1 din Legea nr. 422/2001 reglementează regimul juridic general al monumentelor istorice.

Legiuitorul a detaliat ce fel de bunuri se vor încadra în categoria monumentelor istorice. Acestea sunt bunuri imobile, construcții și terenuri situate pe teritoriul României, semnificative pentru istoria, cultura și civilizația națională și universală.

Regimul de monument istoric este conferit prin clasarea acestor bunuri imobile conform procedurii prevăzute în lege.

Mai mult, potrivit art. 1 alin. (4) din Legea nr. 422/2001, pot fi clasate ca monumente istorice bunurile imobile situate în afara granițelor, proprietăți ale statului român, cu respectarea legislației statului pe teritoriul căruia se află.

Potrivit art. 4 din Legea nr. 422/2001, monumentele istorice aparțin fie domeniului public sau privat al statului, al județelor, orașelor sau comunelor, fie sunt proprietate privată a persoanelor fizice sau juridice.

Caracterele dreptului de proprietate publică asupra monumentelor istorice, aflate în proprietatea publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale sunt: inalienabilitatea, imprescriptibilitatea și insesizabilitatea. Datorită acestor limitări, monumentele istorice pot fi date în administrare instituțiilor publice, pot fi concesionate, date în folosință gratuită instituțiilor de utilitate publică sau închiriate, în condițiile legii, cu avizul Ministerului Culturii sau, după caz, al serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii.

Dimpotrivă, monumentele istorice aparținând domeniului privat pot face obiectul circuitului civil în condițiile stabilite prin art. 4 din Legea nr. 422/2001, ceea ce presupune respectarea acestora.

În acest sens, monumentele istorice aflate în proprietatea persoanelor fizice sau juridice de drept privat, pot fi vândute numai în condițiile exercitării dreptului de

preemțiune al statului român, care se exercită diferit în funcție de categoria de clasificare a bunurilor. Astfel, dreptul de preemțiune se exercită prin:

- Ministerul Culturii, pentru monumentele istorice clasate în grupa A;
- Serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii, pentru monumentele istorice clasate în grupa B;
- Unitățile administrativ-teritoriale, în subsidiar, pentru ambele categorii de bunuri.

Sanctiunea în cazul nerespectării dreptului de preemțiune, este nulitatea absolută a vânzării.

Rolul de reprezentant al Ministerului Culturii este prevăzut expres și în art. 26 pct. 26 din Legea nr. 422/2001, care dispune că, în vederea protejării monumentelor istorice Ministerul Culturii îndeplinește, direct sau prin serviciile sale publice deconcentrate ori prin alte instituții publice subordonate, printre atribuții, cea de a exercita, în numele statului, dreptul de preemțiune asupra monumentelor istorice clasate în grupa A.

Operațiunea de vânzare este precedată de o serie de formalități, prin care Ministerul Culturii este înștiințat despre intenția de vânzare a monumentelor istorice.

Astfel, proprietarii, persoane fizice sau juridice de drept privat, trebuie să transmită serviciilor publice deconcentrate ale Ministerului Culturii înștiințarea privind intenția de vânzare, însoțită de documentația stabilită prin ordin al ministrului culturii.

Serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii transmit Ministerului Culturii înștiințarea, documentația și propunerea de răspuns, în termen de 5 zile lucrătoare de la primirea acestora.

În dreptul comun, termenul în care preemtorul își poate exercita dreptul este de cel mult 30 de zile, în cazul vânzării bunurilor imobile, astfel cum dispune art. 1730 alin. (3) C. civ.

În concordanță cu aceste prevederi, art. 4 alin. (7) din Legea nr. 422/2001, dispune că termenul de exercitare a dreptului de preemțiune al statului este de maximum 25 de zile de la data înregistrării înștiințării, documentației și a propunerii de răspuns la Ministerul Culturii sau, după caz, la serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii. Titularii dreptului de preemțiune vor prevedea în bugetul propriu sumele necesare destinate exercitării dreptului de preemțiune. Mai mult, valoarea de achiziționare se negociază cu vânzătorul.

Din reglementarea detaliată a procedurii de vânzare, rezultă că sunt alocate toate resursele pentru ca imobilul, monument istoric să fie achiziționat de către statul român.

Pentru realizarea acestui scop, în cazul în care Ministerul Culturii sau serviciile publice deconcentrate ale Ministerului Culturii nu își exercită dreptul de preemțiune în termenul prevăzut, acest drept se transferă autorităților publice locale, care îl pot exercita în maximum 15 zile.

Observăm că, în cazul bunurilor imobile, dreptul de preempțiune neexercitat în termenul inițial nu se pierde. Datorită importanței și valorii mult mai mari a acestor bunuri, dreptul de preempțiune trece asupra autorităților publice locale.

Comunicările privind neexercitarea dreptului de preempțiune au termen de valabilitate pentru întregul an calendaristic în care au fost emise, inclusiv pentru situațiile în care monumentul istoric este vândut de mai multe ori.

Pentru asigurarea evidenței modificărilor intervenite (înstrăinarea, închirierea sau concesiunea) în situația juridică a monumentelor istorice, în art. 36 alin. (4) din Legea nr. 422/2001, s-au prevăzut următoarele obligații, pentru proprietarii monumentelor istorice:

- să înștiințeze în scris direcția pentru cultură, culte și patrimoniul cultural național județeană, respectiv a municipiului București, despre intenția de a înstrăina monumentul istoric, în vederea exercitării dreptului de preempțiune al statului sau, după caz, al unității administrativ-teritoriale;

- să notifice viitorului proprietar, chiriaș sau concesionar regimul juridic al monumentului istoric pe care îl deține, precum și obligația privind folosința monumentului istoric;

- să înștiințeze în scris direcția pentru cultură, culte și patrimoniul cultural național județeană, respectiv a municipiului București, despre schimbarea proprietarului sau a administratorului în termen de 15 zile de la data încheierii contractelor, potrivit legii, și să transmită acesteia o copie de pe acte.

2.3. Procedura urmăririi bunurilor din patrimoniul cultural național

În lipsa unor dispoziții derogatorii, în actele normative menționate, care reglementează regimul juridic al bunurilor mobile și imobile din patrimoniul cultural național, în procedura propriu-zisă de urmărire a bunurilor, se vor aplica dispozițiile de drept comun din Codul de procedură civilă¹⁶ – art. 731-778 pentru bunurile mobile și art. 819-863 pentru bunurile imobile.

Astfel, în privința bunurilor mobile, după identificarea bunurilor asupra cărora urmează să se facă executarea, se aplică sechestrul asupra bunurilor debitorului, urmată de valorificarea bunurilor sechestrate prin modalitățile prevăzute în art. 753 alin. (1)

C. pr. civ., pentru bunurile mobile: vânzarea la licitație publică, vânzarea directă sau prin alte modalități prevăzute de lege, printre care și vânzarea amiabilă.

Evident, în cazul bunurilor mobile din patrimoniul cultural național, clasificate în categoria tezaur, vânzarea se face cu respectarea dreptului de preempțiune al statului român.

Pentru bunurile imobile, procedura cuprinde încuviințarea urmăririi imobiliare, formalitățile premergătoare vânzării, scoaterea la vânzare a imobilului și, în final, licitația și adjudecarea imobilului.

În cazul bunurilor imobile clasificate în categoria A și B, vânzarea lor nu se va putea face decât cu respectarea dreptului de preempțiune al statului român.

¹⁶ Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă a fost republicată în M. Of. nr. 247 din 10 aprilie 2015.

3. Concluzii

Regimul special al bunurilor, fie ele mobile, sau imobile, din patrimoniul cultural național, a determinat reglementări derogatorii de la dreptul comun, în privința valorificării acestora.

Astfel cum rezultă din reglementările în domeniu, bunurile mobile și imobile din patrimoniul cultural național, în funcție de categoria în care sunt clasate, pot fi executate silit și înstrăinate cu respectarea dreptului de preempțiune, dacă se găsesc în proprietatea privată a persoanelor fizice sau juridice.

Dacă sunt în proprietate publică, ele fiind inalienabile, insesizabile și imprescriptibile, nu pot fi urmărite și nici valorificate, sancțiunea fiind nulitatea absolută.

3.

Considerații privind adaptarea regimului matrimonial în situații de criză conjugală

Conf. univ. dr. Adina Renate MOTICA*
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

Following the conclusion of marriage, property relations between spouses are governed either by the rules of the legal community of assets regime, as legal matrimonial regime, or the regime of separation of goods or of conventional community. All these rules, however, have a common denominator, namely the primary imperative regime, containing rules on which spouses may not derogate by concluding a matrimonial convention, regardless of the specific matrimonial regime applicable to the marriage. Among these, there are also regulated the matters relating to marital crisis situations that can occur also independently of the will or behavior of spouses, with regard to this effect about enlarging or limiting the powers they have, both in the relations between them, as well as in the relations between spouses and third parties entering with them into legal relations.

So, based on each situation, the powers of the specific matrimonial regime applicable to the marriage of both spouses, they can be extended or restricted by the guardianship court at the request of either spouse, so that this mechanism will successfully replace, in respect of the spouses, the established institutions of protecting the incapable and, moreover, giving the spouse a new instrument for protecting the family interests.

Keywords: *judicial warrant, judicial extending, judicial limitation, protecting the interests of the family, the primary regime, crisis measure, the guardianship court*

Rezumat

* adina.motica@e-uvvt.ro

Ca urmare a încheierii căsătoriei, raporturile patrimoniale dintre soți sunt reglementate fie de regulile regimului comunității legale de bunuri, ca regim matrimonial legal, fie de cele ale regimului separației de bunuri sau al comunității convenționale. Toate aceste reguli au însă un numitor comun, și anume regimul primar imperativ, care conține reguli de la care soții nu pot deroga prin încheierea unei convenții matrimoniale, indiferent de regimul matrimonial concret aplicabil căsătoriei. Printre acestea se regăsesc reglementate și aspectele care privesc situațiile de criză conjugală, situații care pot să apară și independent de voința sau comportamentul soților, fiind vorba în acest sens despre lărgirea sau limitarea puterilor pe care le au aceștia, atât în raporturile dintre ei, cât și în raporturile dintre soți și terții cu care intră în raporturi juridice.

Astfel că, raportat la fiecare situație în parte, puterile conferite de regimul matrimonial concret aplicabil căsătoriei celor doi soți, acestea pot fi extinse sau restrânse de către instanța de tutelă, la cererea oricăruia dintre soți, astfel încât acest mecanism vine să înlocuiască cu succes, în ceea ce îi privește pe soți, instituțiile consacrate de protejare a incapabilului și, mai mult decât atât, vin să pună în mâna soțului un nou instrument prin care pot fi salvardate interesele familiei.

Cuvinte-cheie: mandat judiciar, extinderea judiciară, limitarea judiciară, protejarea intereselor familiei, regim primar, măsură de criză, instanță de tutelă

Măsurile de criză

Nicio căsătorie nu este la adăpost de perioadele de criză, indiferent dacă este vorba despre **crizele interne**, care seamănă discordie în familie, fără ca în mod necesar să atragă după sine desfacerea căsătoriei, separația în fapt, sau chiar înlocuirea regimului matrimonial cu regimul separației de bunuri, sau **crizele externe** care țin de circumstanțe tulburi¹, care deși nu implică o neînțelegere între soți, aduc atingere bunului mers al raporturilor conjugale care afectează întotdeauna puterile soților. Este vorba atât despre puterile soților în raporturile dintre ei, cât și în relațiile lor cu terții și datorită existenței cărora se impune luarea unor anumite măsuri, **unele restrictive și altele care extind puterile unui soț**, prin intermediul regulilor regimului primar.

Prin urmare, relațiile conjugale în perioada de criză sunt guvernate, în cadrul regimului primar², de trei articole care au drept numitor comun intervenția instanței de tutelă în viața familiei.

¹ De exemplu, în situația unui război sau a altor situații similare.

² De fapt, măsurile de criză sunt reglementate pentru situațiile în care regulile regimului primar imperativ nu mai sunt suficiente pentru a amenaja viața cotidiană a familiei, deoarece aceasta se află într-un moment de criză, de derivă de la cursul normal al unui menaj.

Două tehnici sunt la dispoziția judecătorului pentru a extinde puterile unui soț, fie autorizarea judiciară, care utilizează tehnica lui *auctoritas*³, fie prin reprezentare, care folosește tehnica *negotiorum gestio*⁴, la care se adaugă un mecanism de limitare judiciară a puterilor unuia dintre soți.

În ceea ce privește regulile regimului primar, de extindere, respectiv limitare judiciară a puterilor unuia dintre soți, acestea reprezintă un instrument de securitate pregătit să funcționeze sub regimurile matrimoniale, la cererea unuia sau altuia dintre soți. În virtutea acestor norme, judecătorul poate lua orice măsură urgentă cerută de interesele familiei, fie prin măsuri restrictive, fie prin măsuri extensive.

Autorizarea judiciară prevăzută de art. 322 alin. (3) C. civ.

În temeiul art. 322 alin. (3) C. civ. un soț poate fi autorizat de instanța de tutelă să încheie singur un act pentru care este necesar un consimțământ de neîmpotrivire din partea celuilalt soț, dacă refuzul său nu este justificat de interesul familiei, și nu există un motiv legitim, atunci când este vorba despre locuința familiei, precum și bunurile care o mobilează sau decorează. Actul autorizat în condițiile precizate, de instanța de tutelă, este opozabil soțului al cărui consimțământ a lipsit. Consimțământul soțului este cerut de 322 alin. (2) C. civ. în scris, în lipsa acestuia celălalt soț fie va putea să contracteze singur, situație în care soțul care nu și-a dat consimțământul va putea solicita anularea actului [art. 322 alin. (4) C. civ.] în cazul în care în Cartea Funciară s-a notat că imobilul este locuința familiei, fie va putea să ceară daune-interese, în lipsa acestei notări.

Menționăm faptul că legiuitorul român a prevăzut acest mecanism al autorizării judiciare doar în ceea ce privește actele care au ca obiect locuința familiei și bunurile care o mobilează sau decorează, autorizarea judiciară neextinzându-se și la alte categorii de acte, așa cum se întâmplă, de pildă, în dreptul francez (art. 217 C. civ. fr.).

Considerăm că atunci când a prevăzut posibilitatea înlocuirii consimțământului celuilalt soț printr-un act de autorizare al instanței de tutelă, ori de câte ori este vorba despre un act care are ca obiect locuința familiei, legiuitorul a avut în vedere doar situația în care este vorba despre un imobil bun propriu al soțului care dorește încheierea actului. Posibilitatea ca prin autorizarea instanței să se treacă peste împotrivirea celuilalt soț a fost prevăzută doar pentru a putea fi contracarată reaua-credință a soțului neproprietar, care ar putea să abuzeze de dreptul ce îi este recunoscut cu privire la imobilul respectiv, datorită faptului că acesta a fost afectat de către soți locuirii familiei.

Regula potrivit căreia fiecare dintre soți poate să dispună singur, fără consimțământul celuilalt soț de bunurile proprii, beneficiază de o corecție doar în cazul locuinței familiei și a bunurilor ce o mobilează și decorează, pentru bunurile comune legea prevăzând regula cogestiunii, potrivit căreia pentru actele care au ca

³ Etimologia termenului provine din latinescul *augeo*, *-ere* = „a crește, a mări” (în fr. *augmenter*), termen folosit aici în sensul de „a crește puterile unui soț”.

⁴ Este vorba despre un fel de reprezentare.

obiect bunurile comune, atunci când este vorba despre imobile, este necesar consimțământul expres al ambilor soți.

Apreciem că, atâta vreme cât în cazul mecanismului mandatului judiciar, legiuitorul a prevăzut că acesta poate opera doar în cazul în care unul dintre soți este în imposibilitatea de a-și manifesta voința, și nu în situația în care acesta se opune la încheierea actului, fie și în mod șicanator, cu atât mai puțin s-ar justifica autorizarea unui act cu privire la un bun comun peste voința unuia dintre soți, cu atât mai mult cu cât bunul ar fi tocmai locuința familiei care beneficiază de o reglementare și protecție specială în cadrul regimului primar.

Inclusiv termenul de prescripție de un an prevăzut de art. 322 alin. (4) C. civ. ne face să credem că legiuitorul a avut în vedere doar situația în care bunul imobil locuință a familiei este proprietatea unuia dintre soți, întrucât în toate celelalte cazuri, atunci când unul dintre soți înstrăinează un bun comun pentru a cărui înstrăinare avea nevoie și de consimțământul expres al celuilalt soț, termenul de prescripție în care poate acționa soțul care nu și-a dat consimțământul, este termenul general de prescripție de 3 ani⁵.

Considerăm că în situația în care în cadrul regimurilor de comunitate unul dintre soți se lovește de refuzul celuilalt pentru încheierea unui act juridic de dispoziție, nu se poate admite ca instanța de tutelă să treacă peste împotrivirea soțului codevălmaș întrucât prin aceasta s-ar aduce atingere prerogativelor dreptului de proprietate, soțul care se consideră vătămat în drepturi având oricând la îndemână acțiunea în partaj, prin care se stabilește cota ideală care îi revine din bun, cotă de care va putea ulterior dispune după bunul său plac.

Extinderea judiciară a puterilor unuia dintre soți

Art. 315 C. civ. reglementează mandatul judiciar care constituie o înlesnire a cogestiunii în situația în care un soț vrea să facă un act pentru care nu are, potrivit legii, o putere deplină, deoarece celălalt soț trebuie să-și dea și el consimțământul și se lovește de faptul că acesta se află în imposibilitatea de a-și exprima voința.

Menționăm faptul că legiuitorul s-a referit strict la situația în care unul dintre soți se află în *imposibilitatea de a-și manifesta voința*, și nu la situația în care acesta *refuză să își dea consimțământul* pentru încheierea unui act pentru care se cere concursul ambilor soți.

Dacă în cazul autorizării judiciare, aceasta suplinește lipsa consimțământului de neîmpotrivire a celuilalt soț, în cazul mandatului judiciar suntem în prezența unui mecanism prin care puterile unuia dintre soți sunt lărgite, legiuitorul creând astfel un instrument prin care soțul care nu își poate da consimțământul să poată fi reprezentat la încheierea actului de către celălalt soț în baza hotărârii instanței de tutelă.

Imposibilitatea de a-și manifesta voința poate să fie de natură fizică, de exemplu situația în care soțul suferă de alienație, debilitate mintală, se află în comă, urmează un tratament medicamentos care îi afectează discernământul, caz

⁵ Pentru părerea contrară, potrivit căreia autorizarea se poate cere și în cazul în care locuința familiei este bun comun, a se vedea: E. Florian, *Dreptul familiei*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 53; M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 204 și urm.

în care consimțământul nu se poate forma valabil, sau socială, cum este cazul dispariției, absenței îndelungate voite sau forțate, prizonieratul, executarea unei pedepse privative de libertate, care îl împiedică pe unul dintre soți să ia legătura cu familia, situații în care, chiar dacă ar fi valabil, consimțământul celuilalt soț nu poate fi obținut.

În doctrină⁶ s-a arătat că mandatul judiciar, ca mecanism al regimurilor matrimoniale, va fi superior regulilor comune privind incapacitatea. Astfel, căsătoria devine cel mai bun mijloc de protecție a soțului incapabil, mandatul judiciar asigurând în același timp protecția soțului aflat în imposibilitate de a consimți, precum și securitatea cocontractantului într-o manieră mult mai rezonabilă decât în cazul în care ar trebui să se apeleze la instituția curatei sau tutelei.

Cererea oricărui dintre soți de instituire a mandatului judiciar se va adresa instanței de tutelă care se va pronunța asupra ei printr-o procedură necontencioasă, mandatul judiciar urmând să cuprindă sfera și limitele puterilor acordate soțului petent. Menționăm faptul că nu trebuie să se justifice vreo urgență pentru ca instanța de tutelă să confere mandat judiciar unuia dintre soți, fiind suficientă invocarea stării de imposibilitate de a-și manifesta voința a soțului a cărui reprezentare se cere, starea de împiedicare urmând să poată fi dovedită prin orice mijloc de probă.

Întrebările care se pun în ceea ce privește mandatul judiciar se referă la conținutul și limitele acestui mandat cu caracter special, și anume:

- Reprezentarea în baza mandatului judiciar cuprinde doar drepturi privind bunurile comune sau pot fi incluse și drepturi privind bunurile proprii ale soțului aflat în imposibilitate de a-și exprima voința?
- Este vorba doar despre acte de administrare sau și despre acte de dispoziție?
- Este vorba despre un mandat general, sau unul special?

Menționăm faptul că mandatul judiciar, așa cum acesta este denumit și reglementat de art. 315 C. civ. și care își produce efectele exclusiv în prezența unei hotărâri a instanței de tutelă, nu se confundă cu mandatul de reprezentare a părților în judecată, reglementat de art. 80 C. pr. civ., pentru care se folosește, de asemenea, sintagma de mandat judiciar, acesta din urmă fiind rezultatul unei manifestări de voință a mandantului, fiind vorba despre o reprezentare convențională.

Trebuie precizat faptul că mandatul judiciar, așa cum o arată și denumirea sa, produce efectele unei reprezentări astfel încât efectele sale se produc în patrimoniul și persoana soțului reprezentat. Astfel, actul încheiat în condițiile fixate de autorizarea judiciară va fi opozabil soțului al cărui concurs sau consimțământ a lipsit, fără să rezulte în sarcina sa nicio obligație personală.

Potrivit art. 315 alin. (1) C. civ., hotărârea pronunțată de instanța de tutelă va conține condițiile, limitele și perioada de valabilitate a mandatului judiciar. Prin urmare, în funcție de natura actului ce urmează să se încheie, mandatul poate avea ca obiect doar încheierea de acte de administrare și conservare a bunurilor sau a întregului patrimoniu al celuilalt soț, când suntem în prezența unui mandat

⁶ M. Avram, *op. cit.*, p. 223.

general, ori atunci când este vorba despre acte de dispoziție, operațiunile juridice vor fi indicate în mod expres, așa cum este cazul mandatului special. Astfel, considerăm că, nefăcând nicio limitare în acest sens, legiuitorul, prin acest mecanism juridic, dă posibilitatea oricăruia dintre soți de a primi o „abilitare” prin care să i se recunoască puterea de a încheia în numele și pe seama soțului său, care se află în imposibilitatea de a-și manifesta voința, atât acte cu privire la bunurile comune, pentru care se impune consimțământul expres al ambilor soți, cât și acte pentru bunurile proprii ale soțului, putere pe care ar putea să o dobândească altfel doar în baza unui mandat convențional dat în acest scop.

În ceea ce privește perioada de valabilitate a mandatului judiciar, art. 315 C. civ. – în alin. (1) – prevede că hotărârea pronunțată de instanța de tutelă va conține și perioada de valabilitate a acestui mandat, iar în alin. (2) se arată că „în afara altor cazuri prevăzute de lege, mandatul încetează atunci când soțul reprezentat nu se mai află în situația prevăzută la alin. (1) sau când este numit un tutore ori, după caz, un curator”.

Pe lângă cauzele amintite, fiind vorba despre o varietate a mandatului, fie el și judiciar, acesta va înceta în toate cazurile care de drept comun duc la încetarea mandatului, cum ar fi decesul oricăruia dintre soți, starea de neputință în care ar ajunge mandatarul, ori chiar renunțarea mandatarului la mandat.

Limitarea judiciară a puterilor unuia dintre soți

Un alt mecanism pentru perioadele de criză ale căsătoriei îl reprezintă limitarea judiciară a puterilor unuia dintre soți, mecanism care are ca scop protejarea intereselor familiei împotriva unor acte făcute cu rea-credință sau doar necugetate, de către unul dintre soți. Dacă art. 316 C. civ. are ca sferă de aplicare doar situația excepțională, în care unul dintre soți încheie acte juridice prin care pune în pericol grav interesele familiei, în alte sisteme de drept, cum este de pildă cel francez, puterile unuia dintre soți pot fi limitate prin hotărâre judecătorească și în cazul în care s-ar constata neîndeplinirea gravă de către unul dintre soți a obligațiilor ce rezultă din căsătorie și prin care astfel ar putea fi puse în pericol interesele familiei.

Așa cum o arată și art. 316 C. civ., suntem în prezența unei măsuri cu caracter excepțional, măsură prin care, în cazul în care unul dintre soți încheie acte juridice prin care pune în pericol grav interesele familiei, celălalt soț poate obține de la instanța de tutelă o hotărâre judecătorească prin care dreptul de a dispune de anumite bunuri să poată fi exercitat numai cu consimțământul său expres. Această hotărâre judecătorească de limitare judiciară a puterilor unuia dintre soți poate să se refere la o perioadă determinată sau să se întindă pe perioade diferite în timp, ori chiar să existe mai multe hotărâri judecătorești date în acest sens, având același obiect de limitare a puterilor unuia dintre soți, însă conform prevederilor legale, chiar dacă durata acestei măsuri poate fi prelungită, această măsură nu poate să se întindă pe o perioadă mai mare de 2 ani. Atunci când are ca obiect bunuri mobile sau imobile supuse publicității, hotărârea de încuviințare a măsurii se va comunica registrelor de publicitate în vederea efectuării formalităților de

publicitate, cu efect de opozabilitate, atât față de soțul limitat în puteri, cât și față de terți.

Ca mecanism, limitarea judiciară a puterilor unuia dintre soți amintește oarecum de măsurile de protejare a locuinței familiei când unul dintre soți, chiar dacă este singurul titular al dreptului de proprietate asupra bunului afectat locuirii familiei, nu va putea dispune de acest bun decât cu consimțământul expres al celuilalt soț, chiar dacă acesta nu este proprietar. Astfel stau lucrurile și în cazul hotărârii de limitare judiciară a puterilor soțului care au ca efect limitarea drepturilor de a dispune singur de anumite bunuri, chiar și în situația în care, potrivit regulilor regimului matrimonial concret aplicabil, soțul limitat ar putea dispune singur, fără să fie necesar concursul celuilalt soț.

În situația în care este vorba despre bunurile comune ale soților pentru care oricum legea cere, atunci când vine vorba de acte de dispoziție, consimțământul ambilor soți, acest mecanism nu își găsește aplicarea, însă rolul său va putea fi observat îndeosebi în situația în care bunurile vizate sunt bunuri proprii ale soțului ale cărui puteri sunt limitate judiciar sau în situația în care, deși bunurile ar fi comune, pentru actele respective nu este cerut și consimțământul celuilalt soț.

În cazul regimului de separație de bunuri, fiecare soț are un drept exclusiv de dispoziție asupra bunurilor proprii, neexistând o masă a bunurilor comune și, prin urmare, nu este incidentă regula cogestiunii, caracteristică regimurilor comunitare. Cu toate acestea, prin hotărâre judecătorească și în cadrul regimului separației de bunuri se pot îngrădi puterile unuia dintre soți prin instituirea regulii cogestiunii, astfel încât prin această limitare cu caracter judiciar, ca urmare a protejării intereselor familiei, prin hotărâre judecătorească se impune ca anumite acte să nu poată să fie încheiate decât în prezența consimțământului expres al celuilalt soț. Întrucât caracterul este unul excepțional, considerăm că măsura de limitare judiciară a puterilor unuia dintre soți, nu poate fi dispusă decât temporar și trebuie să se refere strict la anumite bunuri, nefiind de imaginat ca o astfel de măsură să poată avea un caracter general, prin care soțul ale cărui puteri sunt limitate să fie asimilabil unui incapabil, sau să i se ia dreptul de a dispune de toate bunurile asupra cărora ar avea puteri potrivit regimului matrimonial concret aplicabil.

Sfera situațiilor în care instanța de tutelă poate limita puterile unuia dintre soți nu

a fost indicată de legiuitor în mod expres, astfel încât instanței îi revine sarcina de a circumscrie fiecare situație în parte, prin stabilirea în mod concret în ce măsură actele juridice pe care unul dintre soți le încheie fac parte din categoria celor care pun în pericol grav interesele familiei. Menționăm faptul că această limitare judiciară a puterilor unuia dintre soți se justifică a fi cerută în măsura în care actele care ar putea să pună în pericol interesele familiei nu au fost încheiate și nu și-au produs efectele, întrucât acest mecanism nu este unul prin care legiuitorul să înțeleagă să sancționeze o conduită a unuia dintre soți a căror efecte s-au produs. Considerăm că ar putea intra în această sferă, orice acte prin care unul dintre soți ar abuza de prezumțiile de putere prevăzute de lege conform regimului matrimonial concret aplicabil, în cazul în care unul dintre soți ar comite greșeli grave sau chiar fraude în administrarea bunurilor comune ori în situația în care s-ar contracta

datorii exagerate care ar putea fi încadrate în sfera datoriilor comune ori chiar proprii, dacă, de exemplu, acestea ar pune în pericol locuința familiei.

Chiar dacă împotriva relei administrări a bunurilor comune săvârșite de unul dintre soți i se poate pune capăt și prin alte remedii, cum ar fi schimbarea regimului matrimonial într-un regim de separație de bunuri, ori instituirea unei reguli a cogestiunii în privința tuturor bunurilor, în cazul unui regim de comunitate convențională, mecanismul prevăzut de art. 316 C. civ. permite ca ieșirea din criză să se realizeze mult mai ușor și mai repede, sau să reprezinte doar un prim pas în cursul procedurii de schimbare a regimului matrimonial, sau chiar în cazul unei acțiuni de desfacere a căsătoriei, în acest sens limitarea judiciară a puterilor unuia dintre soți poate să apară cu titlu de măsură provizorie, pe care judecătorul o poate lua în timpul procesului de divorț.

Considerăm că art. 316 C. civ. nu poate fi extins și pentru situația în care interesele familiei ar fi puse în pericol grav, prin încheierea unor acte de dispoziție, de către unul dintre soți, care s-ar afla într-o situație în care facultățile sale mentale ar fi alterate, situație care ar duce la un comportament dăunător, fără ca soțul respectiv să fi fost pus sub interdicție. În această situație, în care ar lipsi discernământul unuia dintre soți, actele juridice încheiate de acesta, ar fi lovite de nulitate datorită faptului că în lipsa discernământului, consimțământul nu se poate forma în mod valabil.

În situația în care puterile unuia dintre soți sunt limitate judiciar, actele încheiate de acesta cu nerespectarea prevederilor hotărârii judecătorești sunt sancționate cu nulitatea relativă, termenul de prescripție fiind de 1 an și începând să curgă de la data la care soțul care nu și-a dat consimțământul a cunoscut existența actului. Având în vedere faptul că, atunci când este vorba despre bunuri supuse publicității, pentru a fi opozabilă față de terți, hotărârea de încuviințare a măsurii se va publica în registrele de publicitate, în caz de anulare a actului terții co-contractanți vor suporta efectele anulării, întrucât buna lor credință nu se mai prezumă. Terțul dobânditor de bună-credință este protejat de efectele nulității prin dispozițiile art. 316 alin. (3) C. civ. care fac trimitere la art. 3 și art. 37 C. civ.

Concluzii

În concluzie, prin regulile regimului primar imperativ legiuitorul pune la dispoziția soților două mecanisme care au rolul de a proteja mecanismele familiei în situațiile de criză ce pot să apară, salvagardându-le atât atunci când este vorba despre relațiile dintre soți, cât și atunci când aceștia intră în relații cu terții, prin crearea unor instrumente de extindere sau de limitare a puterilor soților, instrumente care sunt menite să înlocuiască cu succes alte mecanisme reglementate în dreptul comun, care fie sunt mai greu de abordat, fie pot fi accesate cu un efort mai mare ori necesită o perioadă mai lungă de timp.

II. CONTRIBUȚII STUDENȚEȘTI

1. Considerații generale privind egalitatea și discriminarea*

Drd. Iulia Georgia ROȘIANU COCOȘ**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The paper analyzes the evolution of the principle of equality and represents a conceptual approach to the notions of equality and discrimination being analyzed the evolution of these notions by presenting, some general legal philosophical concepts of the ancient greek philosophers, their definition and their interdependence, because prohibition of discrimination is the core of equality.

Keywords: *equality, discrimination, ancient greek philosophers, natural right*

Rezumat

Studiul analizează evoluția principiului egalității și reprezintă o abordare conceptuală a noțiunilor de egalitate și discriminare, fiind analizată evoluția acestor noțiuni prin prezentarea unor concepte filosofice juridice generale, ale filosofilor greci antici, definiția lor și interdependența lor, pentru că interzicerea discriminării este nucleul de egalitate.

Cuvinte-cheie: *egalitate, discriminare, filosofia antică greacă, dreptul natural*

1. Noțiuni generale

1.1. Noțiunea de egalitate și evoluția principului egalității

* „Această lucrare a beneficiat de suport financiar prin proiectul «Rute de excelență academică în cercetarea doctorală și post-doctorală – READ» cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013, contract nr. POSDRU/159/1.5/S/137926.”

** iuliarosianu@yahoo.com

Noțiunea de egalitate în drept derivă de la latinescul *aequitas* care se traduce prin dreptate, nepărtinire, cumpătare, despre care Cicero afirma că este același lucru cu *Jus Civile, dreptul egal pentru toți cetățenii*, iar Celsus definea dreptul ca *ars boni et aequi*, adică *arta binelui și a echității*.

Idealul de egalitate s-a născut ca o cerință a dreptului natural. Printre primele documente ale Antichității prin care se încearcă o codificare a conduitei oamenilor este Codul lui Hammurabi, care în cele 282 de articole reglementează aspecte cu caracter juridic, religios și moral. Deși nu se referă în mod explicit la ideea de egalitate, Codul lui Hammurabi este dominat de ideea dreptății, considerată ca lege a firii, ea nu este aceeași pentru toți oamenii – le aparține acestora, mai mult sau mai puțin – numai datorită faptului că sunt oameni¹, astfel, legiuitorul din Babilon statuează faptul că „*Legea trebuie să aducă binele poporului, trebuie să oprească pe cel tare de a vătăma pe cel slab*”².

Ideea de egalitate se regăsește în gândirea filozofică greacă, filozofii antici greci fiind susținători ai dreptului natural care, în opinia lor, trebuia să fie același peste tot în societatea antică, iar dreptul pozitiv putea să difere de la o cetate la alta³. În viziunea lor, mai precis a atenienilor, democrația este ipostaza politică a principiului libertății și este caracterizată prin libertatea (*eleutheria*) și egalitatea în fața legii (*isonomia*). În opinia atenienilor democrația era legată de egalitatea reală a tuturor cetățenilor în fața actelor normative emise de adunările legislative, astfel isonomia a fost primul termen prin care grecii au denumit sistemul politic în care puterea este exercitată de tot corpul cetățenesc.

Platon susținea teoria cetății ideale „*în care egalitatea se traduce prin acordarea de pământuri egale lucrătorilor și stabilirea unei comunități depline asupra bunurilor, femeilor și copiilor pentru războinici și filozofi*”⁴. Platon considera că superioritatea atenienilor față de ceilalți greci se datorează în primul rând egalității tuturor cetățenilor în fața legii.

Aristotel, cunoscut ca fiind părintele dreptului natural, considera că, pe lângă legislația proprie a fiecărei cetăți, există un drept comun, superior, al tuturor popoarelor care vine de la natură. În *Etica Nicomahică*, acesta a susținut că „*egalitatea morală presupune ca lucrurile similare să fie tratate la fel ... iar cele diferite, în mod diferit*” iar în *Politica* a susținut că „*justiția este îndreptățită să le ofere celor egali, egalitate*”, punând astfel bazele principalelor forme de egalitate. În viziunea sa, noțiunea de egalitate era strâns legată de ideea de justiție astfel că principiul egalității a rămas deschis unei multitudini de interpretări.

Aristotel afirma că, din punct de vedere social, „*egalitatea trebuie să fie relativă și să țină seama de capacitățile diferite ale indivizilor*”⁵ și promovează egalitatea după merit susținând că sclavia este admisibilă atâta timp cât există ființe umane care în mod natural au nevoie să fie supuse autorității altuia. Însă nici chiar

¹ V. Hanga, *Mari legiuitori ai lumii*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 27 și urm.

² N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 58.

³ W. Darity, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 2nd ed., Gale Press, 2008, p. 1862.

⁴ Platon, *Republica (Statul)*, traducere de V. Bichigean, vol. I, Tipografia D.C. Ionescu, București, 1923,

p. 190 și urm.

⁵ Aristotel, *La politique*, Edition Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1970, p. 100 și urm.

Aristotel nu era pe deplin convins de cele scrise, deoarece în alt pasaj susține că unii sclavi au corpuri de oameni liberi, iar unii oameni liberi au suflete de sclavi.

Cicero a susținut că atât dreptul natural, cât și obiceiul ar trebui să fie considerate surse de drept⁶ iar Socrate se considera ca fiind un cetățean al lumii⁷.

Principiul egalității este prezent în antichitate și în opera stoicilor, care au considerat că egalitatea umană este „o egalitate de la natura de care trebuie să se bucure orice ființă umană”, inclusiv femeile, copiii și sclavii. Musonius Rufus a scris despre necesitatea garantării egalității morale ca principiu al familiei și al cetății⁸, despre nevoia femeii de a avea acces egal la educație, a criticat existența dublelor standarde cu privire la căsătorie și a dezvoltat un standard minim de protecție a copilului. De asemenea, Seneca a susținut egalitatea dintre cetățeni și sclavi, considerând că nicio ființă umană nu este sclav prin natura sa, iar Hobbes a definit teoria egalității de la natură susținând că „toate ființele umane sunt egale deoarece posedă aceleași drepturi fundamentale inalienabile”⁹.

Teoria egalității umane este considerată a fi cea mai importantă contribuție pe care Școala stoică a adus-o dezvoltării dreptului natural și gândirii politice antice. În filozofia dreptului antic s-a susținut faptul că egalitatea este percepută de către om ca o garanție a dreptății. Fără transpunerea în fapt a principiului egalității nu există democrație decât ca simplă formulă retorică. Acesta este unul dintre adevărurile fundamentale pe care vechii grecii l-au transmis epocii moderne.

Ideea de egalitate a fost preluată și dezvoltată de școala dreptului natural și de teoria contractului social. Concepția lui Th. Hobbes despre egalitate se opune celei a lui Aristotel, care considera sociabilitatea ca trăsătură naturală a omului. Pentru Hobbes, principiul major al dreptului natural este „dreptul natural, de conservare a propriei ființe”. În temeiul acestui drept, natura dă dreptul tuturor oamenilor să dobândească în mod egal tot ceea ce îi înconjoară¹⁰. Hobbes este primul gânditor care a asociat drepturile omului cu ideea de inalienabilitate, considerând că fiecare persoană posedă aceste drepturi fundamentale prin simplul fapt de a se fi născut ființă umană.

John Locke, un alt reprezentant al școlii dreptului natural și al teoriei contractului social, a contribuit la emanciparea individului prin plasarea dreptului

⁶ M. Cicero, *De Legibus*, Cartea a II-a, Secțiunea 11, <http://classics.mit.edu/Browse/browse-cicero.html>.

⁷ Epictet, *Discursuri*, Cartea a II-a, Capitolul 5, <http://classics.mit.edu/Epictetus/discourses.2.two.html>.

⁸ C. King, *Musonius Rufus: Lectures and Sayings*, Ed. William B. Irvine, 2010, pp. 56-110.

⁹ Th. Hobbes, *Leviathan*, Partea I, capitolul 14, *The English Work of Thomas Hobbes*, Paragon House, 2001, p. 64.

¹⁰ Th. Hobbes, citat din *Leviathan* (1651), *apud* Jay Shafritz, *Dictionary of American Government and Politics*, The Dorsey Press, Chicago, USA, 1988, p. 265: „natura dă dreptul tuturor oamenilor să dobândească în mod egal, tot ceea ce îi înconjoară, existând «un drept al tuturor pentru toate» (*ius omnia in omnium*), care face ca starea naturală a oamenilor să se caracterizeze prin «războiul tuturor contra tuturor» (*bellum omnius contra omnes*). În concepția autorului, stare caracteristică omenirii pe treptele primitive”.

natural deasupra dreptului pozitiv, care nu îl poate modifica. Locke susține că omul este, „*prin natura sa, liber, egal și independent*”¹¹.

Spre deosebire de Hobbes, Montesquieu apreciază că starea naturală a omului nu este o stare de război, ci una de pace, dominată de nevoia omului de a-și procura hrană și de a trăi în societate.

În dreptul contemporan, doctrina dreptului natural fundamentează drepturile și libertățile omului. În preambulul Declarației universale a drepturilor omului se indică „*Considerând că recunoașterea demnității inerente tuturor membrilor familiei umane și a drepturilor lor egale și inalienabile constituie fundamentul libertății, dreptății și păcii în lume...*” și în art. 1 al Declarației adoptată de Adunarea Generală a ONU la 10 decembrie 1948 se susține că: „*Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi. Ele sunt înzestrate cu rațiune și conștiință și trebuie să se comporte unele față de altele în spiritul fraternității*”.

Principiile generale ale dreptului reprezintă o preocupare constantă a doctrinarilor, exprimând cele mai înalte aspirații ale omului: libertatea, egalitatea, dreptatea, unitatea, determinând în același timp existența realității juridice materiale în calitatea lor de premise ale ordinii juridice pozitive. În jurul acestor precepte călăuzitoare ale dreptului se dezvoltă întreaga viață juridică internă și internațională.

1.2. Formele egalității

Teoriile filozofice au constituit fundamentul dezvoltării formelor de egalitate existente în dreptul natural modern: morală, formală și materială. În practică se identifică, în principal, două forme ale egalității la care legiuitorul recurge: egalitatea juridică – formală, stabilind o egalitate în drept a tuturor subiectelor – și egalitatea materială – care vizează o egalitate a rezultatelor. În teoria kelsiană, referitoare la principiul egalității, egalitatea materială desemnează principiul egalității ce se impune legiuitorului, ceea ce astăzi se numește egalitatea în interiorul legii, în timp ce egalitatea formală este egalitatea ce ar trebui respectată de către autoritățile administrației, egalitatea în fața legii în limbajul actual.

a) Egalitatea morală. Potrivit filozofiei lui Rousseau, „*dacă în mod abstract și încă de la naștere toți oamenii au aceeași cantitate de drepturi, acest fapt trebuie să se exprime în mod abstract și la nivelul normei juridice. În afara reglementării juridice, această egalitate nu are niciun sens și este lipsită de orice eficiență*”¹².

Egalitatea morală sau egalitatea de la natură revine individului la naștere și impune aceeași demnitate și același respect pentru toate ființele umane, fără deosebire, concept politico-filosofic fără efecte juridice, dezvoltat de filozofii antici și apoi preluat de biserica creștină și, ulterior, de majoritatea religiilor.

Doctrina însă, opinează că, dacă oamenii prin natura lor se nasc și rămân liberi și egali în drepturi, viața socială este cea care produce diferențe, de care

¹¹ J. Locke, *Deuxieme traité du gouvernement*, Edition Librairie philosophique J. Vrin, cap. V, Paris, 1967, p. 91.

¹² J.J. Rousseau, *On the Social Contract*, Ed. Flammarion, Paris, 1971, p. 54.

legiuitorul trebuie să țină cont atunci când încearcă să impună o anumită conduită subiectelor de drept.

b) Egalitatea formală. Potrivit teoriei lui Aristotel, egalitatea formală, cuprinsă în cartea a V-a din Etica Nichomahică, susține că nedreptatea apare atunci când egalii sunt tratați în mod inegal, și de asemenea atunci când inegalii sunt tratați în mod egal. Egalitatea formală, numită și „liberală”¹³, se referă la aplicarea legii și tratamentul egal al cetățenilor ce se află în aceeași situație și se aplică atât situațiilor clasice de discriminare, cât și situațiilor de tratament aparent inegal. Egalitatea formală are caracter universal și se realizează prin intermediul normei juridice generale și impersonale, astfel că nu trebuie să se facă confuzie între generalitatea legii și universalismul egalității formale.

În „Discours sur l'inegalite” Rousseau explică în ce fel egalitatea naturală este înlăturată prin introducerea arbitrară a unor privilegii și demonstrează astfel necesitatea unui „filtru juridic”, același pentru toată lumea. Dacă în mod abstract și încă de la naștere toți oamenii au aceeași cantitate de drepturi acest fapt trebuie să se exprime în mod abstract și la nivelul normei juridice, în afara regulii juridice această egalitate nu are niciun sens și este lipsită de eficiență deoarece această egalitate juridică se realizează prin neluarea în considerare a diferențelor de ordin social.

Caracterul general și impersonal al legii implică necesitatea de a face abstracție de orice date particulare sau individuale, astfel facilitându-se exprimarea juridică a egalității în drepturi. Vocația abstractă și în mod potențial universală a legii are drept consecință avantajul egalei generalități¹⁴, dar ea nu obligă la egalitate în chiar interiorul acestei generalități. Or, existența egalității formale se situează exact la acest nivel interior și constă în a cere ca toate elementele, cărora li se ignoră particularitățile, să fie tratate în același fel¹⁵.

Egalitate naturală nu se identifică *eo ipso* cu egalitatea juridică. Dacă este adevărat că „scopul oricărei societăți este de a asigura egalitatea în drepturi în mijlocul unei inegalități de mijloace”¹⁶, aceasta nu se poate face decât prin intermediul normei juridice. În acest sens egalitatea în drepturi este o egalitate în drept, deci juridică. Dacă dreptul pozitiv ar fi o exactă reflectare a dreptului natural ar trebui ca egalitatea juridică să impună legiuitorului să nu facă discriminări pe care natura nu le face¹⁷. Cu acest conținut egalitatea juridică apare ca pur și simplu formală, ea mulțumindu-se cu nivelul „superficial” al interdicției discriminărilor fără a intra în detaliile raporturilor de asemănare, astfel egalitatea formală se traduce prin

¹³ O. Juanjan, *Le principe d'egalite devant la loi en droit allemand*, PUAM Économica, Paris, 1992, p. 38 și urm.

¹⁴ S. Caporal, *L'affirmation du principe d'egalite dans le droit public de la revolution française* (1789-1799) PUAM Economica, Paris, 1992, p. 66.

¹⁵ S.E. Tănăsescu, *Principiul egalității în dreptul românesc*, Ed. All Beck, București 1999, p. 21.

¹⁶ S. Caporal, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inegalité parmi les hommes*, Flammarion, Paris, 1971, p. 54.

abstractizarea ce trebuie făcută de către legiuitor a inegalităților naturale¹⁸. Egalitatea formală garantează legi egale, însă nu și rezultate egale.

c) Egalitatea materială. Conform teoriei egalității substanțiale a lui Aristotel, este echitabil să se ofere tratament diferit celor inegali în vederea atingerii unor condiții sociale egale pentru toți membrii societății. Astfel, egalitatea de șanse este concepută ca o egalitate a rezultatelor prin diferențierea persoanelor implicate și presupune recunoașterea diferențelor în fiecare cauză și tratarea persoanelor diferite în mod diferit, astfel încât rezultatul final să-i aducă pe toți într-o poziție de egalitate.

Egalitatea substanțială se referă la conținutul legilor ce trebuie create în așa fel încât să nu discrimineze cetățenii pe motive arbitrare, iar în această situație tratamentul trebuie să fie de o asemenea natură încât cetățenii să aibă oportunități egale pentru a atinge poziții egale, însă respectarea principiului egalității și a dreptului la nediscriminare nu este întotdeauna suficientă pentru garantarea *de facto* a egalității.

Egalitatea materială încearcă să corijeze prin intermediul normei juridice inegalitățile ce pot fi întâlnite în viața socială și se axează mai mult pe individ într-o situație dată, însă filtrul egalității formale nu este suficient pentru a transforma inegalitatea naturală într-o egalitate socială. Doctrina franceză este cea care a adăugat încă un element dipticului kelsian, compus din egalitatea în fața legii și egalitatea în cadrul legii, și anume egalitatea prin lege. Astfel, pentru atingerea egalității prin lege statul trebuie să recurgă la discriminări pozitive în vederea corectării inegalităților, măsuri care nu intră în sfera acțiunilor nedrepte, ci reprezintă acțiuni pozitive.

Egalitatea materială se bazează pe o egalitate prin diferențiere „*Dacă există discriminări pe care egalitatea le repudiază, există și unele pe care ea le postulează*”¹⁹. Egalitatea materială respinge vocația la universalitate a principiului și se apleacă asupra unor cazuri concrete pe care încearcă să le valorizeze prin stabilirea unor reguli juridice ce le sunt adaptate.

Conceptul generic numit egalitate prin drept se exprimă fie prin corectarea unor inegalități juridice care au existat de mult timp și care au creat discriminări cu privire la anumite categorii de subiecte de drept, fie prin corectarea inegalităților de fapt.

Astfel, privilegiile oferite prin intermediul discriminărilor pozitive înfăptuite în prezent în beneficiul unor categorii de subiecte de drept defavorizate în trecut au furnizat o concepție a egalității materiale considerată ca progresistă, pentru că ea permite să nu se facă abstracție de distincțiile care există între oameni, ci chiar să afirme diferențele pentru ca ele să fie corectate de către stat. În dreptul francez însă s-a subliniat că egalitatea materială are ca scop plasarea subiecților într-o poziție concretă egală, în acest sens ea se confundă cu o egalitate a rezultatelor. Pentru legiuitorul francez, egalitatea materială semnifică mai ales intervenția

¹⁸ O. Juanjan, *op. cit.*, p. 36.

¹⁹ G. Debre, *Egalité et discrimination en droit intern et en droit internațional* – Rapport general, Travaux de l'Association H. Capitant, p. 273.

economică a statului în favoarea categoriilor defavorizate, ceea ce implică un tratament diferențiat, evident în sens pozitiv, al acestor categorii.

1.3. Noțiunea de discriminare

Din punct de vedere etimologic, a discrimina înseamnă a face distincție între anumite obiecte, a stabili între ele o separație, o diferențiere plecând de la trăsăturile lor distinctive. Însă astăzi, cuvântul discriminare are o conotație negativă: a discrimina, în limbajul obișnuit, nu mai înseamnă pur și simplu a separa, ci a separa ierarhizând, tratând mai rău tocmai pe cei ce vor fi identificați drept victime ale unei discriminări²⁰. Astfel, discriminarea se definește nu doar prin simpla referire la diferență, ci constă în diferența sau distincția interzisă, nelegitimă.

Interdicția discriminării este nucleul principiului egalității, având la bază interzicerea oricăror diferențieri fondate pe criterii subiective. Interdicția discriminării este în același timp un fundament al represiunii, dar și o limită a puterii represive a statului²¹. În doctrină s-a argumentat faptul că principiul egalității și dreptul la nediscriminare sunt noțiuni echivalente deoarece dreptul la nediscriminare exprimă ideea de egalitate într-o formă negativă²². Jack Donnelly a definit discriminarea ca fiind negarea principiului egalității și un afront adus demnității umane.

Principiul nediscriminării în dreptul român este de ordin constituțional, legea fundamentală garantează egalitatea în drepturi și în fața legii a cetățenilor săi și dreptul la nediscriminare prin intermediul unor dispoziții directe sau indirecte, precum art. 4 alin. (2), art. 16 și art. 30 alin. (7). Astfel, art. 4 alin. (2) din Constituție prevede că „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială”. Alături de legea fundamentală, O.G. nr. 137/2000 și Legea nr. 202/2002²³ sunt instrumente juridice moderne, care corespund cerințelor europene în materie și care garantează egalitatea și sancționarea tuturor formelor de discriminare.

Alături de principiul egalității, principiul nediscriminării reprezintă un element fundamental al tuturor instrumentelor internaționale privitoare la respectarea drepturilor omului iar dreptul la nediscriminare este un drept garantat de Constituțiile tuturor țărilor democratice, reprezentând o preocupare continuă a organelor jurisdicționale ale Convenției europene a drepturilor omului.

Până în a doua jumătate a secolului al XX-lea principiul egalității a fost principalul instrument politic de garantare a egalității umane iar după cel de-al doilea război mondial acestuia i s-a alăturat dreptul la nediscriminare, instrument juridic care a căpătat o tot mai mare importanță, fiind capabil să implementeze

²⁰ D. Lochak, *Reflexions sur la notion de discrimination*, în *Droit social* nr. 11/1987, p. 778.

²¹ S. Manacorda, *Un bilanț al interferențelor între dreptul comunitar și dreptul penal. Neutralizarea obligației de incriminare*, în *Caiete de Drept penal*, nr. 1/2007, p. 5.

²² C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*. Vol. I. *Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 898.

²³ Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, republicată în M. Of. nr. 150 din 1 martie 2007.

egalitatea care fusese până atunci acceptată la nivel ideologic, trecându-se astfel de la un principiu cu recunoaștere și aplicare politică generală la un drept subiectiv concret, capabil să producă efecte juridice în instanță²⁴.

Dreptul internațional, precum și cel european solicită statelor să interzică discriminarea și să tragă la răspundere persoanele ce se fac vinovate de încălcarea acestui principiu. În acest sens, Curtea de la Strasbourg a stabilit că o diferență de tratament este discriminatorie dacă aceasta nu are o justificare obiectivă și rezonabilă, nu urmărește un scop legitim sau nu există un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul urmărit a fi realizat.

1.4. Formele discriminării

Conform Ordonanței nr. 137/2000 privind prevenirea și combaterea discriminării, discriminarea poate îmbrăca diverse forme:

Discriminarea directă există atunci când o persoană beneficiază de un tratament mai puțin favorabil decât o altă persoană care a fost, este sau ar putea fi într-o situație comparabilă, pe baza oricărui criteriu de discriminare prevăzut de legislația în vigoare.

Discriminarea indirectă survine atunci când o prevedere, un criteriu, o practică aparent neutră dezavantajează anumite persoane, pe baza criteriilor prevăzute de legislația în vigoare, cu excepția cazurilor în care aceste prevederi, criterii sau practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim, iar metodele de atingere a aceluși scop sunt adecvate și necesare. De asemenea, discriminarea indirectă este orice comportament activ sau pasiv care, prin efectele pe care la generează, favorizează sau defavorizează nejustificat, supune unui tratament injust sau degradant o persoană, un grup de persoane sau o comunitate față de altele care se află în situații egale.

Discriminarea multiplă este atunci când o persoană sau un grup de persoane sunt tratate diferențiat, într-o situație egală, pe baza a doua sau a mai multor criterii de discriminare, cumulativ.

Hărțuirea reprezintă orice comportament care duce la crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensiv, pe criteriu de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, gen, orientare sexuală, apartenență la o categorie defavorizată, vârstă, handicap, statut de refugiat ori azilant sau orice alt criteriu.

Victimizarea este orice tratament advers, venit ca reacție la o plângere sau acțiune în instanță sau la instituțiile competente, cu privire la încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării.

Dispoziția de a discrimina (ordinul de a discrimina) este considerată a fi tot o formă de discriminare și reprezintă un ordin primit de o persoană sau un grup de persoane de la o altă persoană sau grup de persoane pentru a discrimina.

²⁴ S. Tăbușcă, *Efectele hotărârilor CEDO și CJUE în dreptul intern. Analiză asupra dreptului la ne-discriminare*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 9.

Însă, orice manifestare publică ce are ca rezultat atingerea demnității persoanei și care este motivată de apartenența acelei persoane la o anumită categorie constituie discriminare.

2. Principiului nediscriminării în cadrul sistemului de drept european

2.1 Influența jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE)²⁵ în afirmarea principiului nediscriminării

După cel de-al doilea război mondial, ca răspuns la actele de genocid comise și ca o modalitate de prevenire a încălcării drepturilor omului și a libertăților fundamentale au fost constituite organizații care aveau ca principale atribuții asigurarea păcii la nivel continental²⁶, relansarea economiei europene prin cooperare²⁷ și integrare²⁸ și prin respectarea demnității umane²⁹.

Interdicția discriminării, condiție a principiului egalității, a avut mai întâi o bază economică, o funcție de protejare a pieței. Tratatul inițial al Comunităților Europene nu conținea referiri la drepturile omului sau la modul de protecție a acestora. Nu se considera că înființarea unei zone destinate comerțului liber în Europa ar putea avea un impact semnificativ asupra drepturilor omului.

În versiunea originală a tratatelor din anii '50, interdicția discriminării a fost prevăzută pentru crearea pieței comune și era limitată la interzicerea actelor discriminatorii pe baza de naționalitate, mai ales în materia liberei circulații a mărfurilor. Potrivit versiunii originale a art. 6 a Tratatului de instituire a Comunității Europene, reluate în textul actual al art. 12, „în domeniul de aplicare a prezentului tratat, și fără a aduce atingere dispozițiilor particulare pe care le prevede, este interzisă orice discriminare exercitată pe baza de naționalitate”. Aceasta interdicție exclude orice eventuală discriminare în privința mărfurilor provenind din alte state membre ale Uniunii și tinde să asimileze mărfurile străine cu mărfurile interne, interzicând supunerea unora și a altora unui tratament neomogen.

Până în a doua jumătate a anilor '60 Curtea a refuzat să interpreteze actele instituțiilor comunitare în conformitate cu prevederile constituționale ale statelor membre în domeniul garantării drepturilor și libertăților fundamentale³⁰. Primul pas

²⁵ Curtea de Justiție a Uniunii Europene este organul juridic al Comunităților Europene având misiunea de a garanta respectarea legii în interpretarea și aplicarea tratatelor prin controlarea legalității actelor instituțiilor Uniunii Europene, verificarea îndeplinirii obligațiilor rezultate din tratate de către statele membre și interpretarea dreptului Uniunii la solicitarea instanțelor naționale.

²⁶ Prin Tratatul de la Bruxelles din 17 martie 1948 a fost constituită Uniunea Europei Occidentale.

²⁷ La 16 aprilie 1948 a fost constituită Organizația Europeană de Cooperare Economică denumită ulterior Organizația pentru Cooperare Economică și Dezvoltare.

²⁸ Prin Tratatul de la Paris din 1952 și Tratatul de la Roma din 1957 au fost constituite Comunitățile europene având ca principal obiectivul stimularea dezvoltării economice prin libera circulație a bunurilor, capitalului, persoanelor și serviciilor.

²⁹ Prin Tratatul de la Londra din 1949 a fost creat Consiliul Europei și în cadrul acestuia a fost instituit un sistem juridic în vederea protejării drepturilor omului prin semnarea la Roma la 4 noiembrie 1950 a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. În 1954 a fost înființată Comisia Europeană a Drepturilor Omului iar în 1959 a fost înființată Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

³⁰ A se vedea CEJ, *Stork & Cie c. Înaltei Autorități CECO*, hotărârea C-1/58 din 4 februarie 1959.

în direcția acceptării principiului respectării drepturilor și libertăților fundamentale ca parte integrantă a dreptului comunitar îl reprezintă hotărârea Curții din 1963³¹ prin care se afirmă că, independent de legislația statelor membre, dreptul comunitar nu impune în sarcina individului numai obligații, ci îi conferă, în același timp, drepturi fundamentale care sunt parte a tradiției juridice europene iar în anul următor³² Curtea a impus supremația normelor comunitare față de cele naționale.

În perioada următoare instituțiile comunitare au recunoscut oficial³³ faptul că principiile care stau la baza Convenției europene a drepturilor omului trebuie să fie, în același timp, integrate în dreptul comunitar³⁴. În anul 1974, prin hotărârea *Nold II*³⁵, Curtea a reafirmat că drepturile fundamentale sunt parte integrantă a principiilor generale de drept a căror respectare Curtea este obligată să o asigure, astfel că recunoașterea acestora ca parte integrantă a principiilor de drept aplicabile ordinii juridice comunitare a devenit de necontestat.

Primele reglementări privind garantarea egalității la nivelul legislației primare a Uniunii Europene au fost cuprinse în Tratatul de la Roma privind constituirea Comunității Economice Europene, însă tratatele Uniunii Europene au fost modificate și completate de mai multe ori³⁶. Dispozițiile principale ale Uniunii Europene în domeniul egalității și non-discriminării se regăsesc în art. 6, 19³⁷ și 157³⁸ din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, art. 45 interzice discriminarea pe motiv de cetățenie în măsura în care acesta inhiba realizarea unei piețe unice interne, un obiectiv principal al Uniunii, cu toate acestea, dispoziția are

³¹ A se vedea CEJ, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, hotărârea C-26/62 din 5 februarie 1963.

³² A se vedea CEJ, *Costa c. Enel*, hotărârea C-6/64 din 15 iulie 1964.

³³ Actul Unic European semnat în februarie 1986 a făcut pentru prima dată trimitere la principiul respectării drepturilor omului, completat de Declarația drepturilor și libertăților fundamentale (1989), Tratatul privind Uniunea Europeană de la Maastricht, (1992), Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (2000), Tratatul de la Amsterdam (1997), Tratatul de la Lisabona (2009) au completat prevederile în domeniul recunoașterii și garantării exprese a drepturilor omului.

³⁴ A se vedea CEJ, *Jonston c. Chief Constabele of Royal Ulster Constabulary*, hotărârea C-222/84 din 15 mai 1986.

³⁵ CEJ, *Nold KG c. Comisie*, (Nold II), Hotărârea C4-/73, din 14 mai 1974.

³⁶ Una dintre cele mai importante schimbări o constituie adoptarea Tratatului de la Lisabona semnat la 13 decembrie 2007 și intrat în vigoare la 1 decembrie 2009, care a consolidat documentele de bază ale Uniunii Europene și a redenumit Tratatul de instituire a Comunității Europene (TCE), în Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE). Organul legislativ principal al Uniunii este Consiliul European, în timp ce Curtea de Justiție a Uniunii Europene este organismul însărcinat cu interpretarea tratatelor și a legislației Uniunii.

³⁷ Art. 19 din TFUE oferă Uniunii atribuții de combatere a discriminării pe motive de sex, rasă sau origine etnică, religie sau convingeri, vârsta, dizabilitate sau orientare sexuală, însă nu oferă drepturi executorii pentru persoanele fizice. Cu toate acestea, Consiliul a aprobat două directive în temeiul competențelor din art. 19, care oferă un cadru pentru Statele membre să introducă măsuri interne pentru a elimina discriminarea: Directiva Consiliului 2000/43/CE din 29 iunie 2000 de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane indiferent de originea rasială sau etnică și Directiva Consiliului 2000/78/CE din 27 noiembrie 2000 pentru stabilirea unui cadru general pentru egalitatea de tratament în privința angajării și ocupării forței de muncă.

³⁸ În Cauza 43/75, *Defrenne c. Sabena* [1976], ECR 455, CJUE a stabilit că această prevedere are efect direct în dreptul național.

semnificație în combaterea discriminării împotriva lucrătorilor migranți în cadrul Uniunii³⁹.

În vederea implementării eficiente a dispozițiilor legislației primare referitoare la garantarea egalității și nediscriminării cuprinse în tratatele constitutive au fost adoptate o serie de directive⁴⁰ care au constituit baza legală a garantării dreptului la nediscriminare în spațiul Uniunii, până la intrarea în vigoare a modificărilor aduse de tratatul de la Amsterdam și care precizează principiile-cheie care urmează să fie încorporate în dreptul intern, dar oferă Statelor membre libertatea de a decide perioada de timp necesară pentru punerea în aplicare și forma de punere în aplicare a oricărei măsuri. În urma intrării în vigoare a tratatului de la Amsterdam în 1999, Uniunea Europeană a dobândit noi competențe în materie de combatere a discriminării pe motive de origine rasială sau etnică, religie sau credință, dizabilități, vârstă și orientare sexuală. Acest lucru a condus la adoptarea unanimă de către statele membre a Directivei 2000/43/CE privind egalitatea de tratament între rase și a Directivei 2000/78/CE privind egalitatea de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă.

Legislația antidiscriminare a Uniunii Europene instituie un ansamblu coerent de drepturi și obligații în toate țările din Uniune, inclusiv proceduri menite să ajute victimele discriminării. Toți cetățenii Uniunii au dreptul la protecție juridică împotriva discriminării directe și indirecte, la tratament egal în ceea ce privește încadrarea în muncă, au dreptul să beneficieze de ajutor din partea organismelor naționale pentru egalitate și să depună plângeri printr-o procedură judiciară sau administrativă.

Prin intermediul jurisprudenței sale⁴¹, CJUE a stabilit obligația autorităților administrative naționale de a asigura aplicarea deplină a dreptului comunitar în

³⁹ Dispozițiile privind libera circulație au un efect direct în dreptul național – a se vedea Hotărârea 36/74, *Walrave și Koch c. Asociația Uniunea Ciclistă Internațională* [1974] ECR 1405 și cauza C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Asociația de Fotbal și alții c. Bosman* [1995] ECR I-4921. Mai mult, ele pot fi invocate în fața instanțelor naționale împotriva persoanelor fizice, precum și de stat (a se vedea Hotărârea C-281/98, *Roman Angonese c. Cassa de Risparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-14139). De asemenea, CJUE a precizat în jurisprudența sa că atât discriminarea directă (a se vedea, de exemplu, Hotărârea 167/73, *Comisia c. Republica Franceză* [1974] ECR 359) și discriminarea indirectă (a se vedea, de exemplu, cauza C-464/05, *Maria Geurts și Dennis Vogten c. Administratie van de BTW, registratie en domeinen, Belgische Staat*) pe motive de naționalitate sunt interzise.

⁴⁰ Directiva 76/207/CEE a Consiliului privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în ceea ce privește accesul la încadrarea în muncă, la formarea și la promovarea profesională, precum și condițiile de muncă (9 februarie 1976); Directiva 79/7/CEE a Consiliului privind aplicarea treptată a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în domeniul securității sociale (19 decembrie 1978); Directiva 2000/43/CE a Consiliului privind egalitatea de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică (29 iunie 2000); Directiva 2000/78/CE a Consiliului de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă (27 noiembrie 2000); Directiva 2004/113/CE a Consiliului de aplicare a principiului egalității de tratament între femei și bărbați privind accesul la bunuri și servicii și furnizarea de bunuri și servicii (13 decembrie 2004); Directiva 2006/54/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între femei și bărbați în materie de încadrare în muncă și de muncă (5 iulie 2006).

⁴¹ A se vedea în acest sens Hotărârile CJUE: C-112/00 din 12 iunie 2003 – *Schmidberger c. Autoritățile austriece*, referitor la libera circulație a bunurilor; C-94/74, *IGAV c. ENCC*; C-2173, *Geddo*

cadrul domeniilor lor de competență. De asemenea, autoritățile sunt obligate să protejeze drepturile conferite de aceste hotărâri cetățenilor, înlăturând aplicarea oricărei dispoziții contrare din dreptul intern, indiferent dacă este anterioară sau ulterioară normei comunitare.

Pe măsură ce CJUE a fost sesizată⁴² în legătură cu diverse încălcări ale drepturilor omului cauzate de dreptul comunitar, aceasta a elaborat un corp de jurisprudență, cunoscut sub denumirea de „principiile generale”⁴³ ale dreptului comunitar. Potrivit CJUE, aceste principii generale ar reflecta conținutul măsurilor de protecție a drepturilor omului prevăzute de constituțiile naționale și de tratatele privind drepturile omului, în special Convenția europeană a drepturilor omului. Principiile generale ale dreptului comunitar au fost inițiate și formulate în hotărârile CJUE și, apoi, introduse în Tratatul Comunității Europene, înscrise, ca atare, în Constituția Uniunii Europene și consacrate, în prezent, în Tratatul Uniunii Europene și Tratatul de funcționare a Uniunii Europene. În jurisprudența sa CJUE specifică precis faptul că statele membre ale Uniunii Europene trebuie să aplice dispozițiile de nediscriminare⁴⁴, în ambele domenii: public și privat⁴⁵.

2.2. Principiului nediscriminării în cadrul sistemului de drept al Convenției europene a drepturilor omului (Convenție)

Interdicția discriminării are o dublă reglementare în cadrul Convenției europene a drepturilor omului, inițial aceasta a fost garantată doar de art. 14⁴⁶ din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care garantează tratamentul egal în ceea ce privește exercitarea celorlalte drepturi prevăzute de Convenție. Este interpretată ca o interdicție deschisă de discriminare din cauza

c. Ente Nazionale Risi, C-290/2005 din 5 decembrie 2006 și C-333-2005, *Akos Nadasdi și alții* (Ungaria), cât și *Comisia c. Danemarca* C-47/88, prin care Curtea a constatat că stabilirea unei taxe suplimentare pentru autoturismele importate are ca efect discriminarea acestor autoturisme comparativ cu cele existente în țările respective.

⁴² Legislația UE interzice discriminarea pe criterii de sex, rasă sau origine etnică, religie sau convingeri, dizabilitate, vârstă, orientare sexuală și cetățenie, sub rezerva unor motive foarte limitate de excepție. A se vedea, în acest sens, cauza C-391/97, *Frans Gschwind c. Finanzamt Aachen-Außenstadt* [1999], ECR I-5451, unde CJUE a stipulat clar că discriminarea, conform legislației UE, presupune având în vedere scopul și conținutul dispozițiilor în cauză, două grupuri într-o situație comparabilă care sunt tratate diferit, din motive interzise.

⁴³ Principiul priorității dreptului comunitar; Principiul aplicării imediate; Principiul aplicării directe; Principiul subsidiarității; Principiul proporționalității; Principiul cooperării loiale; Principiul autonomiei statelor membre; Principiul transparenței.

⁴⁴ Prevăzute în Tratatul de la Amsterdam din 17 iunie 1997. Tratatul include un articol nou, consacrat principiului general al nediscriminării. Uniunea poate combate orice formă de discriminare, indiferent că este pe bază de sex, rasă, origine etnică, religie, dizabilități, vârstă sau orientare sexuală. Acțiunile sunt întreprinse de către Consiliul de Miniștri, prin decizii adoptate în unanimitate pe baza unei propuneri a Comisiei și după consultarea Parlamentului European.

⁴⁵ A se vedea, de exemplu, cazul C-281/98, *Roman Angonese c. Cassa de Risparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-41139, în care CJUE a menționat că art. 39 privind discriminarea pe criterii de naționalitate, se aplică atât pentru instituții private, precum și cele publice.

⁴⁶ Art. 14: „Exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de prezenta Convenție trebuie să fie asigurată fără nicio deosebire bazată, în special, pe sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație.”

utilizării cuvintelor „orice altă situație”, dar în același timp consacră doar o interdicție limitată⁴⁷, deoarece protecția pe care o oferă se referă doar la drepturile și libertățile prevăzute în Convenție.

Natura relației dependente dintre art. 14 și drepturile fundamentale a fost clarificată de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO). Pentru ca art. 14 să fie aplicabil, o plângere de discriminare trebuia să se încadreze în domeniul de aplicare al unui drept din convenție⁴⁸. Cu toate acestea, nu trebuie să fie o încălcare a dreptului material în sine pentru ca art. 14 să fie aplicabil. O măsură care, singură, nu încalcă un anumit drept material al Convenției ar putea încălca acest drept coroborat cu art. 14 în cazul în care aceasta este de natură discriminatorie⁴⁹. În același timp, o limitare permisă pe un drept material nu trebuie, de asemenea, să fie aplicată în mod discriminatoriu, deoarece se poate aduce atingere dreptului material, combinat cu art. 14. Chiar dacă o restricție pe un drept material este permisă în conformitate cu o dispoziție relevantă, în cazul în care aceasta discriminează, se va încălca această dispoziție coroborat cu art. 14.

Din practica Curții⁵⁰ putem observa că se analizează inițial existența încălcării unei dispoziții de fond înainte de a examina orice plângere în legătură cu art. 14 în conformitate cu această dispoziție de fond. În cazul în care se constată o încălcare a dispoziției de fond, Curtea nu întotdeauna consideră separat o încălcare a prevederilor art. 14. Se ia în calcul art. 14 dacă există o inegalitate clară de tratament în exercitarea dreptului în cauză și în cazul în care inegalitatea constituie un aspect fundamental al cazului.

Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, discriminarea în sensul art. 14 se produce în cazul în care: există un tratament diferit al persoanelor în situații similare sau relevante în mod similar și această diferență de tratament nu are nicio justificare obiectivă și rezonabilă. O justificare obiectivă și rezonabilă se stabilește dacă măsura în cauză are un scop legitim și este un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele aplicate și scopurile urmărite⁵¹.

⁴⁷ Cu alte cuvinte, cererile prezentate la Curtea Europeană a Drepturilor Omului în conformitate cu art. 1 trebuie să se refere la discriminarea în exercitarea unui alt drept din convenție, cum ar fi dreptul la viața privată și de familie, dreptul la libertatea de religie sau alte drepturi cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului și protocoalele sale. Art. 14 nu pot fi invocat pe cont propriu, doar „în legătură cu” drepturile fundamentale.

⁴⁸ A se vedea cauza *Rasmussen c. Danemarca*, nr. 8777/79 din 28 noiembrie 1984; Cauza *Botta c. Italiei*, nr. 2143/93 din 24 februarie 1998. Efectul acestei limitări este de a exclude de sub protecția art. 14 mai multe drepturi și avantaje acordate în conformitate cu legislația internă, de exemplu, în domeniul ocupării forței de muncă sau a securității sociale.

⁴⁹ În cazul *Lingvistica belgiană* (nr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 și 2126/64, 23 iulie 1968), Curtea Europeană a Drepturilor Omului a folosit exemplul curților de apel pentru a ilustra acest punct. Art. 6 (proces echitabil) din Convenția europeană a drepturilor omului nu impune statelor de a institui un sistem de curți de apel deoarece o astfel de cerință este în afara domeniului de aplicare al Convenției europene a drepturilor omului. Prin urmare, nu există o încălcare a Convenției în cazul în care un astfel de sistem nu este stabilit într-un stat membru. Cu toate acestea, Statul ar încălca art. 6, coroborat cu art. 14, în cazul în care acesta ar trebui să acorde acces la curți de apel anumitor persoane în timp ce ar refuza accesul altora pentru același tip de acțiune.

⁵⁰ A se vedea cauza *Chassagnou ș.a. c. Franța* (nr. 25088/94, 28331/95 și 28443/95, 29 aprilie 1999).

⁵¹ A se vedea cauza *Lingvistica belgiană*.

Protocolul nr. 12 (2000) la Convenție extinde sfera interdicției de discriminare⁵² prin garantarea tratamentului egal în ceea ce privește exercitarea oricărui drept, inclusiv a drepturilor care revin în baza legii naționale⁵³. Conform Raportului Explicativ la Protocol, acesta a fost creat din dorința de a întări protecția împotriva discriminării, care este considerată un element de bază în garantarea drepturilor omului. Art. 1 al Protocolului este o dispoziție de sine stătătoare, care interzice discriminarea în exercitarea unui drept sau beneficiu în temeiul legislației naționale oricărui drept prevăzut de lege, în plus față de drepturile prevăzute în Convenție, aspect care reiese și din referințele din Preambulul Protocolului nr. 12 care stipulează că toate persoanele sunt egale în fața legii și au dreptul la o protecție egală a legii.

În continuare va fi analizat principiul nediscriminării în raport de **criteriile protejate** menționate atât de art. 14 din Convenție, cât și de art. 1 din Protocolul nr. 12 la Convenție, potrivit căruia „Exercitarea oricărui drept prevăzut de lege trebuie să fie asigurată fără nicio discriminare bazată, în special, pe sex, pe rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenența la o minoritate națională, avere, naștere sau oricare altă situație”. Sintagma „alte situații” se referă la acele criterii care sunt în mod expres protejate de directivele privind nediscriminarea, menționate în titlu anterior, și anume: handicapul, vârsta, orientarea sexuală.

a) Sexul. Este de la sine înțeles că discriminarea pe criterii de sex se referă la discriminarea care se bazează pe faptul că o persoană este femeie sau bărbat. Acesta reprezintă aspectul cel mai dezvoltat al politicii sociale a Uniunii Europene și este considerat de multă vreme un drept fundamental. Elaborarea protecției în privința acestui criteriu a avut un dublu scop: mai întâi un scop economic, prin faptul că a contribuit la eliminarea denaturării concurenței pe o piață care devenise tot mai integrată și, în al doilea rând, la nivel politic ea a oferit Comunității o fațetă destinată progresului social și îmbunătățirii condițiilor de viață și de muncă. În consecință, protecția față de discriminarea bazată pe sex a fost și a rămas o funcție fundamentală a Uniunii Europene. Ca și în cazul altor forme de discriminare, discriminarea bazată pe sex deseori se manifestă printr-o negare a drepturilor

⁵² La Summit-ul mondial de la Viena din 8-9 octombrie 1993, Consiliul Europei a pus în discuție posibilitatea îngrijorătoare de renaștere a formelor rasismului, xenofobiei, anti-semitismului, și intoleranței, motiv pentru care Comitetul Miniștrilor Consiliului Europei a hotărât în anul 1998 înlăturarea caracterului secundar al dreptului la nediscriminare în raport cu alte drepturi din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și elaborarea unui protocol adițional care să confere art. 14 un câmp general de aplicare, cuprinzând o listă nelimitată a motivelor de discriminare. Astfel, la data de 4 noiembrie 2000 a fost semnat Protocolul nr. 12 care a intrat în vigoare la 1 aprilie 2005. Raportul explicativ la Protocolul nr. 12 la Convenția europeană a drepturilor omului stabilește clar că acesta este destinat pentru a extinde domeniul de aplicare a art. 14 dincolo de drepturile cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului, în scopul de a acoperi cazurile în care o persoană este discriminată: Protocolul nr. 12 subliniază faptul că principiul nediscriminării nu împiedică statele părți să ia măsuri pentru promovarea unei egalități depline și efective, cu condiția existenței unei justificări obiective și rezonabile a acestor măsuri

⁵³ J.F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, traducere, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 148.

victimei individuale, sau a grupului, de care alții se bucură, cum ar fi drepturile civile și politice, drepturile de muncă și drepturile de proprietate. Cu toate acestea, discriminarea bazată pe sex include, de asemenea, aspecte specifice referitoare la statutul femeilor, cum ar fi problemele legate de sarcină și concediul de maternitate.

Cu titlul de exemplu, în cauza *Defrenne c. Sabena*⁵⁴, reclamanta a invocat faptul că primea o remunerație mai mică decât omologii ei bărbați, cu toate că aveau sarcini de serviciu identice. CJUE a susținut că era în mod clar un caz de discriminare bazată pe sex. În luarea acestei decizii, CJUE a subliniat dimensiunea economică, dar și pe cea socială a Uniunii, precum și faptul că nediscriminarea ajută Uniunea Europeană să avanseze către aceste obiective. Un alt exemplu, în cauza *Ünal Tekeli c. Turciei*⁵⁵, reclamanta a invocat faptul că legislația națională obligă femeia să poarte numele soțului după căsătorie. Deși legea îi permitea femeii să își păstreze și numele de fată pe lângă numele soțului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că acest lucru constituia discriminare bazată pe sex, deoarece legislația națională nu îl obliga și pe soț să își schimbe numele de familie. În cauza *Dekker c. Stichting*⁵⁶ CJUE a susținut că decizia unui angajator de a nu angaja o solicitantă care era însărcinată, deși ea a fost cea mai bună persoană pentru locul de muncă, constituie o discriminare directă pe criterii de sex. S-a avut în vedere faptul că asiguratorii au refuzat să acopere costurile de concediu de maternitate. În cauza *Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*⁵⁷, CJUE a susținut că decizia de a nu reînnoi un contract pe durată determinată din cauza sarcinii, constituie de asemenea o discriminare sexuală directă.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu a pronunțat o decizie cu privire la includerea sau neinclusiunea identității sexuale drept criteriu protejat în cadrul art. 14 și nu a precizat dacă acest criteriu ar viza numai „transsexualii” sau ar interpreta identitatea sexuală în sens mai larg. Aceasta nu înseamnă că nu s-a ocupat de chestiunea identității sexuale deloc. Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că identitatea sexuală, orientarea sexuală fac parte din sfera vieții private a unei persoane și, prin urmare, ar trebui să fie libere de orice intervenție din partea guvernului⁵⁸.

b) Orientarea sexuală. În mod obișnuit, cauzele referitoare la discriminarea bazată pe orientarea sexuală presupun ca o persoană să primească un tratament nefavorabil din cauză că este homosexual, lesbiană sau bisexual, dar criteriul acesta interzice și discriminarea pentru heterosexualitate. Cu toate că art. 14 din Convenție nu enumeră explicit „orientarea sexuală” printre criteriile protejate, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a afirmat în mod expres⁵⁹ că aceasta este inclusă la „alte” criterii protejate prin art. 14.

⁵⁴ CJUE, *Defrenne c. Sabena*, cauza 43/75 [1976] RJ 455 din 8 aprilie 1976.

⁵⁵ CEDO, *Ünal Tekeli c. Turciei* nr. 29865/96 din 16 noiembrie 2004.

⁵⁶ CJUE, C-177/88, *Dekker c. Stichting VJV*, ECR I-3941, din 1990.

⁵⁷ CJUE, C-438/99, *Jiménez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*, ECR I-16915, din 2001.

⁵⁸ CEDO, *Schlumpf c. Elveției* nr. 29002/06 din 8 ianuarie 2009.

⁵⁹ A se vedea, de exemplu, CEDO I, *Fretté c. Franței* (36515/97), 26 februarie 2002.

De exemplu, în cauza *S.L. c. Austriei*⁶⁰, reclamantul a invocat faptul că legislația națională incrimina relațiile sexuale consensuale dintre bărbați în cazul în care unul dintre aceștia avea mai puțin de optsprezece ani, în schimb, femeilor le era permis să întrețină raporturi sexuale, atât de tip lesbian, cât și heterosexual, de la vârsta de paisprezece ani. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că acest lucru constituia o discriminare bazată pe orientarea sexuală.

În cauza *Dudgeon c. Regatului Unit*⁶¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că legislația internă privind incriminarea relațiilor sexuale reciproc consimțite în particular între adulți de același sex erau în contradicție cu dreptul la respectarea vieții private prevăzut în art. 8 din Convenție și nu a considerat necesar să examineze argumentul discriminării reclamantului în temeiul art. 14 coroborat cu art. 8, așa cum a stabilit deja, în conformitate cu art. 8, că măsurile în cauză erau contrare Convenției.

c) Handicapul. Nici Convenția europeană a drepturilor omului, nici Directiva de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă nu oferă o definiție a handicapului însă CJUE a oferit unele îndrumări cu privire la ceea ce constituie handicap în jurisprudența sa.

De exemplu, în cauza *Chacón Navas*⁶², CJUE a pus în discuție sfera generală de aplicare a dispozițiilor privind discriminarea bazată pe handicap și a arătat că un handicap ar trebui interpretat, în sensul Directivei de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, ca referindu-se la „o limitare care decurge în special dintr-o incapacitate fizică, mentală sau psihică și care împiedică participarea persoanei respective la viața profesională” și că trebuie să fie „probabil ca aceasta să dureze o perioadă lungă de timp”. Aplicând această definiție în speță, s-a constatat că reclamanta nu avusese niciun handicap atunci când introdusese acțiunea pe rolul instanțelor spaniole, invocând o discriminare bazată pe handicap după ce fusese concediată pentru că lipsise de la locul de muncă din motive medicale timp de 8 luni. CJUE a afirmat că trebuie făcută o distincție între boală și handicap, iar în cazul bolii nu se acordă protecție.

d) Vârsta. Criteriul protejat al vârstei se referă pur și simplu la tratamentul diferențiat bazat pe vârsta victimei. Deși discriminarea bazată pe vârstă în sine nu intră sub incidența unui drept anume din Convenția europeană a drepturilor omului, aspecte ale discriminării pe baza vârstei pot apărea în contextul mai multor drepturi. Ca atare, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat, în alte domenii, asupra cauzelor a căror situație de fapt sugera discriminarea pe baza vârstei, fără a analiza efectiv cauza din acest punct de vedere – în special în

⁶⁰ CEDO, *S.L. c. Austriei* (45330/99), 9 ianuarie 2003.

⁶¹ CEDO, *Dudgeon c. Regatului Unit*, nr. 7525/76, 22 octombrie 1981.

⁶² CEJ, *Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, cauza C-13/05 [2006] RJ I-6467, 11 iulie 2006.

legătură cu tratamentul aplicat copiilor în sistemul judiciar penal. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că „vârsta” este inclusă în categoria „alte situații”.

De exemplu, în cauza *Schwizgebel c. Elveției*⁶³, o mamă singură în vârstă de patruzeci și șapte de ani a reclamat respingerea unei cereri de adoptare a unui copil. Autoritățile naționale și-au bazat decizia pe diferența de vârstă dintre reclamantă și copil, precum și pe faptul că adopția ar fi însemnat o povară financiară suplimentară, dat fiind că reclamanta avea deja un copil. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că aceasta fusese tratată altfel decât femeile mai tinere care solicită adopții, pe baza vârstei ei. Totuși, lipsa de uniformitate în rândul statelor membre în ceea ce privește limitele de vârstă acceptabile pentru adopție a permis statului o marjă mare de apreciere. În plus, luarea în considerare a diferenței de vârstă de către autoritatea națională nu fusese arbitrară, ci se bazase pe luarea în considerare a intereselor copilului și a poverii financiare pe care un al doilea copil ar pune-o pe umerii reclamantei și care ar putea afecta binele copilului. Ca atare, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că diferența de tratament era justificată.

e) Rasa, originea etnică, culoarea și apartenența la o minoritate națională.

Decizia-cadru a Consiliului UE privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal definește rasismul și xenofobia ca incluzând violența și ura îndreptate împotriva unor grupuri definite pe criterii de „rasă, culoare, religie, ascendență sau origine națională sau etnică”. Comisia împotriva Rasismului și Intoleranței din cadrul Consiliului Europei a adoptat o abordare vastă a definirii „discriminării rasiale”, care include criteriile de „rasă, culoare, limbă, religie, cetățenie sau origine națională sau etnică”⁶⁴. În mod similar, art. 1 din Convenția Organizației Națiunilor Unite privind Eliminarea Discriminării Rasiale din 1966 (la care sunt parte toate statele membre ale Uniunii Europene și Consiliului Europei) definește discriminarea rasială ca incluzând criteriile de „rasă, culoare, ascendență sau origine națională sau etnică”. Comitetul pentru eliminarea discriminării rasiale, care răspunde de interpretarea și monitorizarea respectării tratatului, a afirmat că, în cazul în care nu există o justificare în sens contrar, stabilirea apartenenței unei persoane la un anumit grup rasial sau etnic trebuie să se bazeze pe autoidentificarea persoanei în cauză, aceasta împiedicând statul să excludă de la protecție vreun grup etnic pe care nu îl recunoaște.

În explicarea conceptelor de rasă și origine etnică, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a susținut că limba, religia, cetățenia și cultura pot fi indisociabile de rasă. În cauza *Timishev*⁶⁵, unui reclamant de origine cecenă nu i s-a permis să treacă printr-un punct de control, deoarece gardienii primiseră

⁶³ CEDO, *Schwizgebel c. Elveției* (25762/07), 10 iunie 2010.

⁶⁴ ECRI (CE), „Recomandarea de politică generală nr. 7 a ECRI privind legislația națională referitoare la combaterea rasismului și a discriminării rasiale”, Doc. CRI (2003) 8, 13 decembrie 2002, pct. 1 (b) și (c).

⁶⁵ CEDO, *Timishev c. Rusiei* (55762/00 și 55974/00) din 13 decembrie 2005.

instrucțiuni să refuze intrarea persoanelor de origine cecenă. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a susținut că originea etnică și rasa sunt concepte care se înrudesesc și se suprapun. Dacă noțiunea de rasă își are originea în ideea de clasificare biologică a ființelor umane în subspecii în funcție de caracteristici morfologice precum culoarea pielii sau trăsăturile feței, originea etnică rezultă din ideea grupurilor sociale marcate de aceeași cetățenie, afiliere tribală, religie, limbă comună sau aceleași origini și contexte culturale și tradiționale.

Cauza *Sejdić și Finci c. Bosnia și Herțegovina*⁶⁶ a fost prima cauză judecată în temeiul Protocolului nr. 12. Reclamanții au invocat faptul că nu au putut candida la alegeri. În cadrul unui acord de pace menit să pună capăt războiului din anii 1990 s-a încheiat un acord de împărțire a puterii între principalele trei grupări etnice. Acesta prevedea că orice persoană care candida la alegeri trebuia să își declare afilierea la comunitatea bosniacă, sârbă sau croată. Reclamanții, care erau de origine evreiască și romă, au refuzat să procedeze astfel și au pretins că erau victimele unei discriminări pe baza rasei și a originii etnice. Curtea Europeană a Drepturilor Omului și-a repetat explicația relației dintre rasă și origine etnică citată mai sus, adăugând că discriminarea pe criteriul originii etnice a unei persoane este o formă de discriminare rasială. Constatarea de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a discriminării rasiale ilustrează interacțiunea dintre originea etnică și religie. În plus, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că, în ciuda termenilor fragili ai acordului de pace, acesta nu putea justifica o astfel de discriminare.

Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, sunt necesare motive foarte serioase pentru a justifica un tratament diferit al unui grup pe bază de rasă. În *East Africa Asians c. Marii Britanii*⁶⁷ Curtea a stabilit că „discriminarea pe bază de rasă ar putea, în anumite circumstanțe, de sine, să constituie un tratament degradant, în sensul art. 3 din Convenție și că o importanță deosebită trebuie acordată discriminării bazată pe rasă”.

f) Cetățenia sau originea națională. Legislația Uniunii Europene interzice discriminarea bazată pe cetățenie numai în contextul particular al liberei circulații a persoanelor, însă în mod special, legislația Uniunii Europene privind libera circulație acordă drepturi limitate resortisanților țărilor terțe. Cu toate acestea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului impune într-adevăr statelor membre ale Consiliului Europei, care include toate statele membre ale Uniunii Europene, obligația de a garanta drepturile din Convenția Europeană a Drepturilor Omului pentru toate persoanele din cadrul jurisdicției lor, inclusiv neresortanții. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a menținut un echilibru între dreptul statului de a decide ce prestații poate să ofere celor care beneficiază de legătura juridică a cetățeniei, pe de o parte, și nevoia de a preveni discriminările statelor față de cei care și-au creat legături efective substanțiale cu statul, pe de altă parte.

⁶⁶ CEDO, *Sejdić și Finci c. Bosnia și Herțegovina*, nr. 27996/06 și 34836/06 din 22 decembrie 2009.

⁶⁷ CEDO, *East Africa Asians c. Marii Britanii* nr. 4403/70, 14 decembrie 1973.

De exemplu, în cazurile *C. c. Belgiei și Moustaquim c. Belgiei*⁶⁸, reclamantii, care erau resortisanți marocani, fuseseră condamnați pentru infracțiuni și urmau să fie expulzați. Aceștia au invocat faptul că acest lucru constituia o discriminare pe baza cetățeniei, întrucât nici resortisanții belgieni, nici neresortisanții din alte state membre Uniunii Europene nu ar fi putut fi expulzați în circumstanțe asemănătoare. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că reclamantii nu se aflau într-o situație comparabilă cu cea a resortisanților belgieni, deoarece resortisanții beneficiază de dreptul de a rămâne în statul de origine, drept care este în mod explicit consacrat în Convenția europeană a drepturilor omului (în temeiul art. 3 din Protocolul nr. 4). În plus, diferențierea de tratament între resortisanții țărilor terțe și resortisanții altor state membre ale Uniunii Europene era justificată deoarece Uniunea Europeană crease o ordine juridică specială, precum și cetățenia Uniunii Europene.

g) Religia sau convingerile. Legislația Uniunii Europene cuprinde măsuri de protecție limitate împotriva discriminării pe criterii de religie sau convingeri însă, domeniul de aplicare a Convenției europene a drepturilor omului este semnificativ mai amplu decât aceasta, art. 9 prevăzând un drept de sine-stătător la libertatea de gândire, conștiință și religie⁶⁹.

În cauza *Kjeldsen, Busk Madsen și Pedersen c. Danemarcei*⁷⁰ reclamantii au fost părinții, care au obiectat faptul că copiii primesc obligatoriu educație sexuală la o școală de stat, deoarece era contrar convingerilor lor creștine. Reclamantii au invocat art. 8, 9, 14 și, în special, art. 2 din Protocolul nr. 1. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a abordat pe larg domeniul de aplicare al obligațiilor statului în temeiul art. 2 din Protocolul nr. 1 și a constatat că art. 2 se aplică atât școlilor de stat, cât și școlilor private, și că datoria statelor este de a respecta convingerile părinților, fie ele religioase sau filozofice, de-a lungul întregului program de învățământ de stat.

h) Limba. Atât Convenția-cadru a Consiliului Europei pentru protecția minorităților naționale din 1995, cât și Carta europeană a limbilor regionale sau minoritare din 1992 impun obligații specifice statelor în ceea ce privește utilizarea limbilor minoritare.

În cauza *Lingvistica belgiană*⁷¹ pe care am mai invocat-o pe parcursul lucrării, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că prin Convenție nu se

⁶⁸ CEDO, *C. c. Belgiei* (21794/93) din 7 august 1996; CEDO, *Moustaquim c. Belgiei* (12313/86) din 18 februarie 1991.

⁶⁹ A se vedea CEDO, *Biserica Scientologică din Moscova c. Rusiei* (18147/02), 5 aprilie 2007; CEDO, *Campbell și Cosans c. Regatului Unit* (7511/76 și 7743/76), 25 februarie 1982; CEDO, *Köse și alții c. Turciei* (dec.) (26625/02), 24 ianuarie 2006; CEDO, *Dahlab c. Elveției* (dec.) (42393/98), 15 februarie 2001.

⁷⁰ CEDO, *Kjeldsen, Busk Madsen și Pedersen c. Danemarcei* nr. 5095/71, 5920/72 și 5926/72, 7 decembrie 1976.

⁷¹ CEDO, *Lingvistica belgiană* nr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 și 2126/64 23 iulie 1968.

garantează un drept pentru părinți de a-și educa copiii lor în limba aleasă de ei. O astfel de interpretare a art. 14 ar duce la rezultate absurde, pentru că ar fi deschis pentru oricine să reclame orice limbă de predare în oricare dintre teritoriile Părților contractante. Cu toate acestea, Curtea a stabilit că dreptul la educație și dreptul la respectarea vieții de familie, garantat de art. 2 din Protocolul nr. 12 și de art. 8 din Convenție, trebuie să fie asigurat pentru toată lumea, fără discriminare pe motiv de limbă.

i) Originea socială, nașterea și averea. Aceste trei criterii pot fi analizate ca fiind interconectate, întrucât se referă la un statut imputat unei persoane în temeiul unei caracteristici sociale, economice sau biologice moștenite. Ca atare, acestea pot fi, de asemenea, corelate cu rasa și originea etnică.

În cauza *Mazurek c. Franței*⁷², o persoană născută în afara căsătoriei, a reclamat faptul că legislația națională a împiedicat-o, pe motiv că este născută în urma unui adulter, să moștenească mai mult de un sfert din averea mamei sale. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că această diferență de tratament, bazată exclusiv pe faptul de a fi născut în afara căsătoriei, ar putea fi justificată doar prin „argumente solide”. Deși păstrarea conceptului de familie tradițională este un obiectiv legitim, acesta nu poate fi îndeplinit prin penalizarea unui copil care nu are control asupra circumstanțelor nașterii sale.

j) Opiniile politice sau de altă natură. La nivel general, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a hotărât în cauza *Handyside c. Regatului Unit*⁷³ că dreptul la libertatea de exprimare va proteja nu doar informațiile sau ideile primite favorabil ori considerate ca fiind inofensive sau indiferente, dar și pe cele care frapază, șochează sau neliniștesc statul ori un segment oarecare din populație. În cauza *Castells c. Spaniei*⁷⁴ s-a referit la un membru al parlamentului care a fost judecat pentru insultarea guvernului după ce a criticat lipsa de acțiune a acestuia în privința actelor de terorism din Țara Bascilor. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat importanța libertății de exprimare într-un context politic, în special având în vedere rolul esențial al acesteia în buna funcționare a unei societăți democratice. Ca atare, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat că orice ingerință va atrage după sine o examinare amănunțită.

3. Principiul nediscriminării în dreptul național

Curtea Constituțională a României (CCR), unica autoritate de jurisdicție constituțională în România, independentă față de orice altă autoritate publică, are, conform Constituției României, rolul de garant al supremației Constituției. CCR a creionat treptat o definiție jurisprudențială a principiului constituțional al egalității, prezentând egalitatea ca o formă a dreptului la nediscriminare, interzicând discriminările arbitrare și subliniind diferența obiectivă de tratament aplicat în situații similare.

⁷² CEDO, *Mazurek c. Franței* (34406/97), 1 februarie 2000.

⁷³ CEDO, *Handyside c. Regatului Unit* (5493/72), 7 decembrie 1976.

⁷⁴ CEDO, *Castells c. Spaniei* (11798/85), 23 aprilie 1992.

CCR a statuat că principiul egalității nu se opune ca o lege să stabilească reguli diferite în raport cu persoane care se găsesc în situații diferite, egalitatea în fața legii nu este o egalitate în conflict cu faptele⁷⁵. CCR, prin intermediul deciziilor sale, a oferit elementele necesare definirii principiului egalității pornind de la o egalitate sinonimă cu nediscriminarea, trecând prin interzicerea doar a discriminărilor arbitrare și ajungând până la egalitatea relativă justificată prin diferența obiectivă de situații.

Astfel, CCR a conferit principiului egalității și dreptului la nediscriminare un loc prioritar în cadrul principiilor naționale de drept, având o evoluție pozitivă în interpretarea și aplicarea acestor drepturi în conformitate cu cerințele tratatelor internaționale la care România este parte.

Curtea Constituțională, în dorința de aliniere la standardele minime europene, și-a conturat practica judiciară referitoare la principiul egalității și principiul nediscriminării inspirându-se din jurisprudența instanțelor europene. Cu privire la aplicarea art. 16 din Constituție, Curtea, în repetate rânduri⁷⁶, a statuat, cu valoare de principiu că „violarea principiului egalității și nediscriminării există atunci când se aplică tratament diferențiat unor cazuri egale, fără să existe o motivare obiectivă și rezonabilă sau dacă există o disproporție între scopul urmărit prin tratamentul inegal și mijloacele folosite”⁷⁷. În același sens s-a pronunțat și Curtea Europeană a Drepturilor Omului care, în aplicarea principiului nediscriminării prevăzut la art. 14 din Convenție, a stabilit că orice diferență de tratament făcută de stat între persoane aflate în situații similare trebuie să își găsească o justificare obiectivă și rezonabilă⁷⁸.

Constituția României⁷⁹ garantează dreptul la nediscriminare prin dispozițiile art. 30 alin. (7), unde este prevăzut că „Sunt interzise de lege defăimarea țării și a națiunii, îndemnul la război, la agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau la violență publică, precum și manifestările obscene, contrare bunelor moravuri.” Constituția României interzice ambele fețe ale discriminării, atât cea formală, cât și cea substanțială.

CCR a precizat că suntem în prezența discriminării formale sau *de jure* atunci când există o diferențiere sau un tratament diferit între două persoane sau situații neexistând nicio distincție relevantă între ele. Astfel, CCR a decis în mod constant că principiul egalității implică un tratament egal pentru toți cetățenii aflați în situații egale⁸⁰. De asemenea, CCR a reținut că principiul egalității consacrat de art. 16 alin. (1) din Constituție nu înseamnă uniformitate, așa încât, dacă la situații egale

⁷⁵ Dec. CC nr. 70/1993, publicată în M. Of. nr. 307/1993.

⁷⁶ Dec. CCR nr. 148/2001, publicată în M. Of. nr. 592 din 20 septembrie 2001; Dec. CCR nr. 685/2012, publicată în M. Of. nr. 470 din 11 iulie 2012; Dec. CCR nr. 107 din 1 noiembrie 1995, publicată în M. Of. nr. 85 din 26 aprilie 1996.

⁷⁷ Dec. CCR nr. 107/1995, publicată în M. Of. nr. 85 din 26 aprilie 1996.

⁷⁸ CEDO, *Marckx c. Belgiei*, Hotărârea din 13 iunie 1979.

⁷⁹ Art. 4 alin. (2) prevede că „România este patria comună și indivizibilă a tuturor cetățenilor săi, fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială”.

Art. 16 alin. (1) garantează „egalitatea tuturor cetățenilor în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări”.

⁸⁰ Dec. CCR nr. 349/2001, M. Of. nr. 240/2002.

trebuie să corespundă un tratament egal, la situații diferite, tratamentul juridic nu poate fi decât diferit. Egalitatea părților nu exclude, ci chiar implică un tratament juridic diferențiat⁸¹. În cazul discriminării substanțiale, atunci când se tratează într-o manieră identică două sau mai multe persoane sau situații care sunt în fapt diferite, CCR a arătat că tratarea diferită a unor probleme ce țin de inegalitate nu este numai permisă, ci chiar cerută. Jurisprudența CCR consacră ca instrument de realizare efectivă a egalității de șanse adoptarea măsurilor afirmative de către stat, atunci când arată că nu este contrară principiului egalității cetățenilor în fața legii și a autorităților publice instituirea unor reguli speciale, atâta timp cât ele asigură egalitatea juridică a cetățenilor în utilizarea lor. Principiul egalității nu înseamnă uniformitate, așa încât, dacă la situații egale trebuie să corespundă un tratament egal, la situații diferite tratamentul nu poate fi decât diferit⁸². CCR arată că un tratament diferit nu poate fi expresia aprecierii exclusive a legiutorului, ci trebuie să se justifice rațional, în respectul principiului egalității⁸³.

Prin aceste soluții, CCR recunoaște dreptul la diferență⁸⁴ și subliniază faptul că prin Constituția României se asigură exercitarea în condiții de egalitate a drepturilor și libertăților fundamentale oricărei persoane care se află legal pe teritoriul României. În cazul cetățenilor străini și al apatrizilor există restricții în privința exercitării drepturilor electorale și limite în domeniul acordării prestațiilor sociale de către stat.

Chemată să soluționeze contestațiile privind înregistrarea candidaturii domnului Petre Roman pentru funcția de Președinte al României, la alegerile din 3 noiembrie 1996⁸⁵, prin care, în esență s-a invocat faptul că domnul Petre Roman nu ar avea cetățenia română, deoarece tatăl său s-a născut la Oradea și în perioada austro-ungară, a devenit cetățean român prin alipirea Ardealului, dar, ulterior, în calitate de comunist, a luptat voluntar în Spania, la „Brigăzile Roșii”, iar guvernul român a retras cetățenia tuturor celor aflați în situația sa, CCR a apreciat că „motivele invocate în contestații nu reprezintă impedimente juridice pentru ca o persoană să poată candida la funcția de Președinte al României, în sensul art. 34 alin. (2), art. 16 alin. (3), art. 37 alin. (3), art. 35 alin. (2) și art. 81 alin. (4) din Constituție, astfel încât nu pot constitui temei legal pentru infirmarea înregistrării de către Biroul Electoral Central a candidaturii domnului Petre Roman” și că „susținerea că domnul Petre Roman nu ar avea cetățenia română, deoarece tatăl său nu ar fi avut cetățenia respectivă, constituie o simplă afirmație și, ca atare, nu poate reprezenta un impediment la înregistrarea candidaturii sale”.

Din interpretarea coroborată a art. 20 alin. (1) și art. 148 alin. (2) din Constituție putem observa că enumerarea posibilelor criterii de discriminare din art. 4 alin. (2) din legea fundamentală este cu titlu exemplificativ și că la analiza unei situații de discriminare trebuie admise și alte posibile criterii de discriminare, care nu sunt enumerate expres în art. 4 alin. (2) din Constituție.

⁸¹ Dec. CCR nr. 312/2001, M. Of. nr. 99/2002; Dec. CCR nr. 82/2002, M. Of. nr. 261/2002

⁸² Dec. CCR nr. 116/2002, M. Of. nr. 317/2002; Dec. CCR nr. 92/2002, M. Of. nr. 338/2002.

⁸³ Dec. CCR nr. 1 din 8 februarie 1994, M. Of. nr. 69/1004.

⁸⁴ Dec. CCR nr. 70/1993, M. Of. nr. 307/1993; Dec. CCR nr. 74/1994, M. Of. nr. 189/1994.

⁸⁵ Hot. CCR nr. 39/1996.

Chemată să soluționeze excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 129

alin. (3) din Legea nr. 128/1997⁸⁶ privind Statutul personalului didactic, CCR a reținut⁸⁷ că autorul excepției invocă încălcarea dispozițiilor constituționale ale art. 16 privind egalitatea în drepturi, ale art. 53 referitoare la restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți și ale art. 124 alin. (2) privind înfăptuirea justiției susținând că textul de lege criticat contravine și dispozițiilor art. 14 din Convenție, referitoare la interzicerea discriminării.

Examinând excepția, Curtea a reținut că „textul de lege criticat reglementează o prelungire *ope legis* a raporturilor de muncă cu angajatorul” și a constatat că „prin Decizia nr. 444 din 26 octombrie 2004 a analizat constituționalitatea prevederilor art. 129 alin. (1) și (2) din Legea nr. 128/1997 raportate la dispozițiile art. 16 alin. (1) din Constituție, în ceea ce privește criteriul vârstei pentru menținerea în activitate a profesorilor universitari și a conferențiarilor universitari cu titlu științific de doctor, unde a reținut că vârsta nu se regăsește printre criteriile discriminatorii, prin care se încalcă egalitatea între cetățeni, enumerate în dispozițiile art. 4 alin. (2) din Constituție, aceasta având în speță doar natura unei condiții legale pentru exercitarea unei profesii, aplicabilă, în mod egal, tuturor persoanelor aflate în situații identice, respectiv acelora care se încadrează în ipoteza prevăzută de norma juridică”.

Analizând în continuare motivele de neconstituționalitate invocate în prezenta cauză, Curtea a constatat, însă, că „normele legale criticate operează o distincție între profesorii universitari și conferențiarii universitari cu titlu științific de doctor, pe de o parte, și profesorii universitari, membri ai academiilor de științe organizate pe domenii științifice, înființate prin lege, pe de altă parte, în ceea ce privește menținerea în funcția didactică, ca titulari”. Astfel, aceștia din urmă beneficiază de o prelungire de drept a raporturilor de muncă cu angajatorul până la vârsta de 70 de ani, în vreme ce profesorii universitari și conferențiarii universitari cu titlu științific de doctor pot fi menținuți ca titulari în funcția didactică, pentru aceeași limită de vârstă, numai la cerere și cu acordul consiliului facultății și aprobarea anuală a senatului universitar.

În aceste condiții, Curtea a constatat că „textul de lege criticat aduce atingere prevederilor art. 16 din Legea fundamentală, referitoare la egalitatea în drepturi a cetățenilor”⁸⁸ și că „în cauză, instituirea unui tratament juridic distinct între profesorii

⁸⁶ Art. 129 alin. (3) din Legea nr. 128/1997 privind Statutul personalului didactic (publicată în M. Of.

nr. 158 din 16 iulie 1997): „Profesorii universitari, membri ai Academiei Române sau ai academiilor de științe organizate pe domenii științifice, înființate prin lege, pot rămâne în activitate ca titulari, ceea ce înseamnă cu normă întreagă în învățământ, până la vârsta de 70 de ani. Peste această vârstă pot fi menținuți în activitate numai cu acordul instituției în care lucrează, prin prelungiri anuale.”

⁸⁷ Dec. CCR nr. 599 din 14 aprilie 2009.

⁸⁸ Curtea reține ceea ce a stabilit în mod constant în jurisprudența sa, în acord cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (Cauza *Marckx c. Belgiei*, 1979), respectiv faptul că „violarea principiului egalității și nediscriminării există atunci când se aplică un tratament diferențiat unor cazuri egale, fără să existe o motivare obiectivă și rezonabilă, sau dacă există o disproporție între scopul urmărit prin tratamentul inegal și mijloacele folosite”.

universitari, indiferent de titlul unora dintre ei, nu are o justificare obiectivă și rezonabilă”. Curtea a apreciat că, „deși instituirea unor condiții pentru menținerea în activitate reprezintă opțiunea legiuitorului, astfel de condiții nu pot fi impuse cu scopul de a discrimina persoane aflate în aceeași situație juridică, fără a exista vreo justificare rațională și obiectivă”.

Prin opinie separată la aceasta decizie, doi dintre membrii completului au apreciat că se justifică ca „profesorii universitari, membri ai Academiei Române ori ai academiilor de ramură, organizate conform legii” să fie menținuți în funcții deoarece „aceștia sunt, de regulă, organizatori de școli de învățământ și știință, conducători de programe de cercetare științifică și de doctorat, ceea ce face necesară prezența activă în universitate” și au mai apreciat că „nu se poate lua în considerare analiza unei excepții de neconstituționalitate pe criteriul de vârstă, deoarece acesta nu este menționat expres în art. 4 alin. (2) din Constituție”.

Apreciem că opinia separată la Decizia nr. 599 din 14 aprilie 2009 a CCR este criticabilă sub aspectul ambelor motive invocate de autorii acesteia. Astfel, dispozițiile constituționale prevăzute la art. 20 alin. (2) stabilesc aplicarea cu prioritate, directă și imediată, a prevederilor tratatelor internaționale privitoare la respectarea drepturilor omului, la care România este parte, atunci când acestea conțin dispoziții mai favorabile decât legislația internă. Prin urmare, Convenția are o forță juridică superioară normelor juridice interne. Chiar dacă criteriile protejate menționate atât de art. 14 din Convenție, cât și de art. 1 din Protocolul nr. 12 la Convenție, nu prevăd expres criteriul „vârstă” sintagma „alte situații” se referă la acele criterii care sunt în mod expres protejate de directivele privind nediscriminarea, și anume: handicapul, vârsta și orientarea sexuală. Astfel, faptul că nu este menționat expres criteriul „vârstă” în art. 4 alin. (2) din Constituție nu este un motiv pentru respingerea excepției. Cu privire la celălalt motiv invocat, potrivit căruia este necesară prezența activă în universitate a profesorilor universitari, membri ai Academiei Române ori ai academiilor de ramură, organizate conform legii deoarece aceștia sunt conducători de programe de cercetare științifică și de doctorat, apreciem că nici acesta nu este un motiv pentru respingerea excepției, mai mult, din modul de exprimare s-ar putea trage concluzia eronată că doar profesori universitari, membri ai Academiei Române ori ai academiilor de ramură, organizate conform legii, sunt conducători de doctorat.

Alături de legea fundamentală, O.G. nr. 137/2000⁸⁹, Legea nr. 202/2002⁹⁰, Legea audiovizualului nr. 504/2002, Codul Muncii – Legea nr. 53/2003, Legea nr. 448/2006, Ordonanța de Urgență nr. 67 din 27 iunie 2007, Ordonanța de Urgență nr. 61 din 14 mai 2008, Legea educației naționale sunt instrumente juridice care garantează egalitatea și sancționarea tuturor formelor de discriminare. O.G. nr.

⁸⁹ Ordonanța nr. 137 din 31 august 2000, republicată, privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare aprobată prin Legea nr. 48/2002 și modificată prin O.G. nr. 77/2003, aprobată prin Legea nr. 27/2004.

⁹⁰ Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, republicată în M. Of. nr. 150 din 1 martie 2007.

137/2000 a constituit la data adoptării un instrument juridic modern în domeniul egalității de șanse. Prin modificări succesive care au răspuns cerințelor rezultate din implementarea în practică a actului normativ, respectiv celor izvorâte din procesul de integrare a României în Uniunea Europeană, O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, transpune prevederile Directivei Consiliului 2000/43/CE privind aplicarea principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de origine rasială sau etnică, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene nr. L180 din 19 iulie 2000, și prevederile Directivei Consiliului 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament, în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene nr. L303 din 2 decembrie 2000.

În România, pentru garantarea egalității și combaterea discriminării, în aplicarea prevederilor art. 13 din Directiva 2000/43/CE, a fost înființat Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (CNCD) având funcția de garant al respectării și aplicării principiului nediscriminării, în conformitate cu legislația internă în vigoare și cu documentele internaționale la care România este parte. CNCD își exercită atribuțiile în domeniul prevenirii, medierii, investigării, constatării și sancționării faptelor de discriminare, monitorizarea cazurilor de discriminare și acordarea de asistență de specialitate victimelor discriminării. Potrivit Raportului CNCD⁹¹, se poate observa că în țara noastră au fost cazuri de discriminare directă, indirectă, multiplă, instrucțiuni de a discrimina, hărțuire și victimizare.

Majoritatea cazurilor de discriminare din plângerile adresate CNCD, potrivit raportului, au vizat condițiile de angajare, în mod special pe cele care impuneau criterii de selecție pe bază de vârstă⁹², fără ca acestea să constituie o cerință ocupațională a postului. În cazul persoanelor cu dizabilități⁹³, cele mai frecvente cazuri au avut în vedere neasigurarea adaptării rezonabile în accesul la concursurile pentru ocuparea unui post, respectiv neasigurarea adaptării rezonabile la locul de muncă. Convingerile personale⁹⁴, în particular convingerile politice, au constituit în unele cazuri motive pentru dispunerea cercetărilor disciplinare și, în ultimă instanță, a desfacerii contractului de muncă. În cazul discriminării pe motiv de orientare sexuală⁹⁵, a fost constatat un caz în legătură cu dezvăluirea orientării sexuale a unui angajat, respectiv cercetarea disciplinară și sancționarea din acest considerent.

Prin hotărârea cu nr. 280 din 20 octombrie 2010, Colegiul director a CNCD a constatat că petenta M.D. s-a plâns cu privire la faptul că, în perioada concediului de maternitate/ creștere copil, nu a fost anunțată, în mod similar cu ceilalți angajați ai societății reclamate, de posibilitatea semnării unui act adițional la contractul colectiv de muncă care i-ar fi dat dreptul la obținerea unui pachet compensatoriu,

⁹¹ CNCD, Raport privind implementarea Directivei-cadru (2000/78/CE) în România 2003-2010, p. 45 și urm.

⁹² CNCD, Hotărârea nr. 386 din 8 iulie 2008.

⁹³ CNCD, Hotărârea nr. 350 din 16 iunie 2008.

⁹⁴ CNCD, Hotărârea nr. 260 din 18 februarie 2008.

⁹⁵ CNCD, Hotărârea nr. 571 din 10 aprilie 2008.

dacă rămânea în funcție până la data la care firma își înceta activitatea. Colegiul director a constatat că fapta părții reclamate de a nu-i oferi posibilitatea petentei, în mod similar cu ceilalți angajați, de a semna actul adițional, constituie discriminare directă și a dispus sancționarea părții reclamate cu avertisment și a emis o recomandare pentru partea reclamată, invocându-se încălcarea dispozițiilor art. 2 alin. (1) și art. 6 lit. a) din O.G. nr. 137/2000, republicată.

Pe lângă actele și tratatele menționate anterior, România mai este parte și la alte tratate în domeniul protecției drepturilor omului. Astfel, în cadrul Organizației Națiunilor Unite România este parte și la: Convenția privind statutul refugiaților (1954), Convenția privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială (1969), Convenția privind eliminarea tuturor formelor de discriminare împotriva femeilor (1981), Convenția privind drepturile copilului (1990). În cadrul Consiliului Europei România este parte și la Carta socială europeană (1994), Convenția europeană pentru prevenirea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante (1994), Convenția-cadru pentru protecția minorităților naționale (1995). În cadrul Organizației pentru Securitate și Cooperare în Europa, România este parte și la Actul Final de la Helsinki (1975) și la Carta de la Paris pentru o nouă Europă (1990).

4. Incriminarea discriminării

Cu privire la pedepsirea discriminării, Codul penal al României, la art. 369, incriminează infracțiunea de incitare la ură sau discriminare: „Incitarea publicului, prin orice mijloace, la ură sau discriminare împotriva unei categorii de persoane se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.” La art. 282 alin. (1) lit. d) se arată că „Fapta funcționarului public care îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității de stat sau a altei persoane care acționează la instigarea sau cu consimțământul expres ori tacit al acestuia de a provoca unei persoane puternice suferințe fizice ori psihice: ...d) pe un motiv bazat pe orice formă de discriminare, se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării unor drepturi.”

Codul penal român, la art. 223, prevede că „Pretinderea în mod repetat de favoruri de natură sexuală în cadrul unei relații de muncă sau al unei relații similare, dacă prin aceasta victima a fost intimidată sau pusă într-o situație umiltoare, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă”. De asemenea, art. 77 C. pen. al României reține ca circumstanță agravantă săvârșirea infracțiunii pentru motive legate de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie ori apartenență politică, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infecție HIV/SIDA ori pentru alte împrejurări de același fel, considerate de făptuitor drept cauze ale inferiorității unei persoane în raport cu celelalte.

De asemenea, România prin Legea nr. 105/2009 a ratificat Protocolului adițional, adoptat la Strasbourg la 28 ianuarie 2003, la Convenția Consiliului Europei privind criminalitatea informatică, referitor la incriminarea actelor de natură rasistă și xenofobă săvârșite prin intermediul sistemelor informatice ratificată prin Legea nr. 64/2004.

În toate cazurile de discriminare prevăzute în O.G. nr. 137/2000 persoanele discriminate au dreptul să pretindă despăgubiri proporțional cu prejudiciul suferit, precum și restabilirea situației anterioare discriminării sau anularea situației create prin discriminare, potrivit dreptului comun, cererea de despăgubire fiind scutită de taxă judiciară de timbru.

Cu toate că directivele privind nediscriminarea, amintite pe parcursul lucrării, nu obligă statele membre să recurgă la legea penală pentru a soluționa actele de discriminare, există Decizia-cadru 2008/913/JAI a Consiliului European din 28 noiembrie 2008 privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal, care obligă toate statele membre să prevadă sancțiuni penale pentru incitarea la violență sau ură pe criterii de rasă, culoare, ascendență, religie sau convingeri, naționalitate sau origine etnică, precum și pentru diseminarea unor materiale rasiste sau xenofobe și tolerarea, negarea sau banalizarea genocidului, a crimelor de război și a crimelor împotriva umanității îndreptate împotriva acestor grupuri⁹⁶.

Potrivit deciziei-cadru mai sus amintite, statele membre sunt de asemenea obligate să considere intenția rasistă sau xenofobă drept o circumstanță agravantă. Însă, în prezent, nu toate statele membre au transpus corect în dreptul național decizia-cadru, deși aceasta a fost adoptată în unanimitate. Decizia-cadru definește o abordare comună în materie de drept penal cu privire la anumite forme de rasism și de xenofobie, și anume în ceea ce privește două tipuri de infracțiuni, denumite discursuri⁹⁷ și infracțiuni rasiste și xenofobe motivate de ură.

Prevederi referitoare la incriminarea discriminării pot fi găsite în Codurile penale ale Norvegiei, Estoniei, Finlandei, Franței, Lituaniei etc. În Codul Penal francez, potrivit art. 225-1, constituie discriminare orice distincție între indivizi, pe motiv de origine, sex, stare civilă, starea de sănătate, handicap, maniere, opinii politice, activități sindicale, de membru sau non-membru, adevărat sau presupus, a unui grup etnic, națiune, rasă sau religie și se pedepsește, potrivit art. 225-2, (în anumite condiții) cu doi ani închisoare și amendă. De asemenea, la art. 432-7 se precizează că discriminarea, astfel cum este definită la art. 225-1, cu privire la o persoană fizică sau juridică de către o persoană care deține o funcție publică, se pedepsește cu închisoare de trei ani și amendă, atunci când aceasta, în exercitarea funcției sale

⁹⁶ Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) a afirmat că „negarea crimelor împotriva umanității reprezintă una dintre cele mai grave forme de calomnie rasială împotriva evreilor și de incitare la ură împotriva acestora” (*Garaudy c. Franței*, hot. din 24 iunie 2003).

⁹⁷ Discursul de instigare la ură se referă la incitarea și încurajarea urii, discriminării sau ostilității față de o persoană, pe baza unor prejudecăți împotriva persoanei respective din cauza unei anumite caracteristici, de exemplu orientarea sexuală sau identitatea de gen a acesteia. Infracțiunea motivată de ură se referă la o agresiune fizică sau verbală împotriva unei persoane pe baza unor prejudecăți împotriva persoanei respective din cauza unei anumite caracteristici, de exemplu orientarea sexuală sau identitatea de gen a acesteia. Homofobia este frica irațională față de o persoană deoarece aceasta este o persoană lesbiană, homosexuală sau bisexuală. Transfobia este frica irațională față de o persoană deoarece aceasta se exprimă ca fiind de gen diferit față de cel atribuit la naștere prin, de exemplu, tratament hormonal, intervenție chirurgicală, vestimentație sau articole cosmetice.

sau în legătură cu acesta, neagă beneficiul unui drept acordat de lege sau obstrucționează exercitarea normală a oricărei activități economice.

În cauza *Nachova c. Bulgariei*⁹⁸ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, pentru prima dată, a constatat o încălcare a garanției împotriva discriminării rasiale la art. 14, în conjuncție cu dreptul la viață (art. 2). Reclamanții, rude a doi bărbați de origine romă împușcați de poliția militară bulgară care a încercat să-i aresteze, au susținut că a fost o încălcare a art. 2 și că ancheta inefficientă a deceselor a fost o încălcare a „dreptului procedural” pentru o anchetă efectivă în temeiul art. 2 și a dreptului la o cale de atac în temeiul art. 13 din Convenția europeană a drepturilor omului. În plus, reclamanții au susținut că aceste crime au fost un produs al discriminării rasiale față de persoanele de etnie romă și, prin urmare, a fost încălcat art. 14. Curtea a stabilit că, pentru a evalua astfel de cazuri: „... pe picior de egalitate cu cazuri care nu au accente rasiste ar trebui să închidă ochii la natura specifică a actelor care sunt deosebit de distructive pentru drepturile fundamentale. Un eșec de a face o distincție în modul în care situații esențial diferite sunt tratate constituie un tratament nejustificat ireconciliabil cu art. 14 din Convenție. În scopul de a menține încrederea publicului în mașinăria de aplicare a legii, Statele contractante trebuie să se asigure că, în investigarea incidentelor care implică utilizarea forței se face o distincție, atât în sistemele lor juridice, cât și în practică, între cazurile de utilizare excesivă a forței și de ucidere rasistă. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a precizat că: „... Violența rasială este un afront deosebit față de demnitatea umană și, având în vedere consecințele sale periculoase, necesită din partea autorităților o vigilență specială și o reacție viguroasă. Acesta este motivul pentru care autoritățile trebuie să utilizeze toate mijloacele disponibile pentru a combate rasismul și violența rasistă, consolidând astfel viziunea democratică a unei societăți în care diversitatea nu este percepută ca o amenințare, ci ca o sursă de îmbogățire...”. În același timp, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, de asemenea, a recunoscut că, în practică, „demonstrarea unei motivații rasiale poate fi dificilă, astfel, obligația Statului parte de a investiga posibilele motivații rasiste pentru un atac violent este o obligație de a depune toate eforturile.”

Decizia-cadru 2008/913/JAI a Consiliului European din 28 noiembrie 2008 impune statelor membre să abordeze în mod specific, în codurile lor penale, motivația rasistă și xenofobă sau, alternativ, să se asigure că instanțele lor țin seama de această motivație în stabilirea sancțiunilor. Având în vedere caracterul discriminatoriu al motivelor rasiste și xenofobe, precum și impactul acestora asupra persoanelor, a grupurilor și a societății în ansamblul ei, statele membre trebuie să se asigure că motivele rasiste și xenofobe sunt corect demascate și tratate în mod adecvat.

Cincisprezece state membre (Republica Cehă, Danemarca, Grecia, Spania, Croația, Italia, Cipru, Letonia, Lituania, Malta, Austria, România, Finlanda, Suedia și Slovacia) au stipulat în codurile lor penale că motivația rasistă și xenofobă este considerată o circumstanță agravantă cu privire la toate infracțiunile. Opt state

⁹⁸ Dec. CEDO nr. 43577/98 și 43579/98, Hotărârea Camerei din 26 februarie 2004 și Hotărârea Marii Camere din 6 iulie 2005.

membre (Belgia, Bulgaria, Germania, Franța, Ungaria, Polonia, Portugalia și Regatul Unit) prevăd că motivația rasistă sau xenofobă este considerată o circumstanță agravantă în ceea ce privește anumite infracțiuni (adesea violente), cum ar fi crimele, vătămările corporale grave și alte acte de violență împotriva persoanelor sau a bunurilor. Polonia, Portugalia și Slovenia fac referire la dispoziții generale de drept penal care prevăd că motivația generală a autorului infracțiunii este luată în considerare, iar Estonia face referire la circumstanțele agravante ale altor motive de bază. Ungaria face referire la un număr considerabil de infracțiuni motivate de ură și de condamnări în domeniu înregistrate iar Țările de Jos fac referire la un document oficial de orientare care prevede că motivația rasistă sau xenofobă ar trebui să fie luată în considerare, în timp ce Irlanda și Luxemburg afirmă pur și simplu că motivația poate fi întotdeauna luată în considerare de către instanțe⁹⁹.

Marea majoritate a statelor membre au pus în aplicare cerința potrivit căreia faptele care implică discursuri motivate de ură sunt pedepsibile cu sancțiuni penale, maximul pedepsei fiind cel puțin închisoarea de la unu până la trei ani. Pedepșa maximă în cazul discursurilor motivate de ură variază de la 1 an (Belgia) la 7 ani (Regatul Unit, în cazul unei condamnări pe baza unui act de acuzare), iar mai multe state membre (Belgia, Grecia, Irlanda, Franța, Cipru, Letonia, Lituania, Luxemburg, Țările de Jos, Polonia, România, Finlanda, Suedia și Regatul Unit) permit instanțelor să opteze pentru impunerea unei amenzi ca alternativă la pedeapsa cu închisoarea. Pedeapsa maximă în ceea ce privește apologia publică, negarea în mod public sau minimizarea vădită în mod public a crimelor variază de la 1 an și o amendă (Belgia) la 20 de ani (Austria), Germania, Franța, Cipru, Letonia, Lituania și România oferind instanțelor alternativa de a impune o amendă sau o altă sancțiune¹⁰⁰.

Cu toate acestea, tendințele rasiste sunt în creștere în Europa, iar cel mai des devin victime rromii, persoanele de culoare, evreii și arabii. În mai multe țări din Europa centrală și de est, de exemplu, copiii rromi sunt puși, în mod regulat, în școli speciale pentru copii cu handicap mintal. Cercetarea Centrului European pentru Drepturile Romilor (CEDR) în Ostrava, un oraș din estul Cehiei, a dovedit că jumătate din populația rromă de vârstă școlară frecventează astfel de școli.

Sancțiunile penale¹⁰¹, administrate pot fi disponibile pentru anumite tipuri de discriminare. Acte flagrante de amenințări, de persecuție sau hărțuire reală, inclusiv abuzuri privind libertatea de exprimare care incită la violență discriminatorie, de multe ori implică sancțiuni penale. Sancțiunile penale sunt, de asemenea, folosite împotriva actelor cu impact negativ extins și ale actelor care pot influența indivizii să se teamă de represalii în cazul în care aduc pretenții împotriva rețelilor tratamente.

5. Discriminarea pozitivă

⁹⁹ Raport al Comisiei Europene către Parlamentul European și Consiliul privind punerea în aplicare a Deciziei-cadru 2008/913/JAI a Consiliului privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal, Bruxelles, 27 ianuarie 2014.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ A se vedea cauza *CEDO c. Bulgariei* nr. 39272/98, 4 decembrie 2003.

Discriminarea pozitivă este definită ca un ansamblu de măsuri speciale menite a favoriza grupuri sociale discriminate în trecut, cu scopul de a corecta inechitățile prezente și a înlesni integrarea acestora în corpul social.

Discriminarea pozitivă, numită și acțiune afirmativă, a apărut în SUA, termenul fiind folosit pentru prima oară în Ordinul Executiv nr. 11246 din 24 septembrie 1965 al președintelui american Lyndon Johnson, care cerea contractorilor federali să aplice „acțiuni afirmative, pentru a se asigura că cei ce candidează pentru un post sunt angajați și apoi tratați fără să se țină seama de rasa, crezul religios sau originea națională a candidaților”¹⁰². Istoria conceptului s-a dezvoltat în actele legislative emise de diversele administrații guvernamentale ale Statelor Unite. O primă astfel de lege viza indienii și persoanele de culoare, care suferiseră sistematic de discriminare.

Măsurile speciale luate pentru a pune în aplicare acțiunea afirmativă se exprimă printr-o gamă largă de activități pe care instituțiile publice și private le demarează voluntar, și care au scopul de a crește diversitatea, echitatea și oportunitățile persoanelor vizate. Primele măsuri de acest gen, luate în Statele Unite, au vizat finanțarea unor instituții educative sau a unor locuri în administrație, introducerea de cote în ocuparea funcțiilor în stat sau a locurilor în școli, în favoarea unor grupuri sociale dezavantajate pentru a crea o societate care să respecte diversitatea și diferențele dintre oameni.

În Europa, discriminarea pozitivă se aplică în special femeilor¹⁰³. Astfel, în multe țări europene, mai ales în cele nordice, femeile beneficiază, de exemplu, de tratament diferențiat atunci când candidează pentru ocuparea unui post în instituțiile statului, iar partidele politice impun anumite cote reprezentând numărul de locuri ce trebuie ocupate de către femei. Astfel, principiul acțiunii afirmative duce la o discriminare pozitivă a grupurilor dezavantajate, cu scopul de a le integra în societate și pentru a realiza o egalitate concretă a șanselor.

Problema diminuării discriminării este extrem de importantă pentru asigurarea unui climat propice pentru dezvoltarea multiculturalismului. Textul Convenției internaționale pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială, semnată la New York, la 21 decembrie 1965, la care au aderat aproape toate țările lumii, prevede, în Art. 2.2, că „Statele părți vor lua, dacă împrejurările o vor cere, măsuri speciale și concrete în domeniile social, economic, cultural și altele, pentru a asigura cum se cuvine dezvoltarea sau protecția anumitor grupuri rasiale sau anumitor indivizi aparținând acestor grupuri, în scopul de a le garanta, în condiții de egalitate, deplina exercitare a drepturilor omului și libertăților fundamentale. Aceste măsuri nu vor putea în niciun caz să aibă drept efect menținerea de drepturi inegale sau deosebite pentru diversele grupuri rasiale, odată atinse obiectivele pentru care au fost adoptate.”

Însă în doctrină se regăsesc argumente pro și contra acestei politici publice. În favoarea acțiunii afirmative se vorbește despre argumentul compensării, argumentul egalității de șanse și argumentul diversității.

¹⁰² M. Sykes, *The Origins Of Affirmative Action* – <http://www.now.org>.

¹⁰³ CJUE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, cauza C-450/93, RJ I-3051, 17 octombrie 1995; CJUE, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, cauza C-409/95, RJ I-6363, 11 noiembrie 1997; CJUE, *Abrahamsson și Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, cauza C-407/98, RJ I-5539, 6 iulie 2000.

Luând exemplul alocării de locuri distincte la universitățile de stat pentru minorități, îl putem transpune prin prisma fiecăruia dintre cele trei argumente. Argumentul compensării justifică alocarea acestor locuri distincte pentru a compensa nedreptăți trecute, nedreptăți făcute de către majoritari minoritarilor. Argumentul egalității de șanse încurajează alocarea de locuri în facultăți pentru a redresa inegalitățile privind distribuția educației universitare sau alte inegalități în distribuția altor bunuri din societate. Argumentul diversității motivează alocarea de locuri pentru a asigura diversitate intelectuală în universități sau pentru a păstra identitatea etnică a grupului minoritar, datorita existenței riscului asimilării acestui grup de către cultura majoritară.

În sprijinul acțiunii afirmative se susține că trebuie reparată nedreptatea trecută, trebuie restabilit echilibrul, indiferent dacă rezultă sau nu consecințe benefice din aceasta. Nedreptatea ține de distribuția inegală, inechitabilă a bunurilor în societate. În exemplul dat, inegalitatea de acces la educație universitară între minoritari și majoritari este calificată ca fiind o nedreptate pe temeiul valorii egalității de șanse. Susținătorii acțiunii afirmative consideră că prin creșterea șanselor la educație universitară pentru minoritățile rasiale se va crește numărul de competitori calificați, iar societatea va progresa cultivând potențialul persoanelor anterior marginalizate, iar beneficiarii acțiunii afirmative vor oferi modele membrilor grupului.

Însă, uneori, ca justiție reparatorie, discriminarea pozitivă are efecte paradoxale. Mergând pe același exemplu – alocarea unui număr de locuri la facultățile de stat pentru rromi –, este evident faptul că de această măsură vor beneficia de fapt cei mai avantajați membri ai comunității rrome, și nu membrii săi cei mai defavorizați, adică cei care au fost expuși cel mai mult unui tratament discriminatoriu în trecut. Acțiunea afirmativă vine în sprijinul diversității iar diversitatea prezervă identitatea etnică, tradițiile și cultura comunității minoritare pentru ca aceștia să nu fie asimilați de cultura majoritară.

În România, măsurile de acțiune afirmativă au fost reglementate relativ recent, și în mare parte datorită cerințelor Uniunii Europene. Constituția din 1991 se limita la a interzice discriminarea negativă. În decursul timpului, atitudinea statului român s-a schimbat în favoarea ideii de acțiune afirmativă și, în diferite ocazii, astfel de măsuri au fost luate chiar și în absența unui cadru legislativ explicit¹⁰⁴.

Potrivit recensământului din anul 2002, în România trăiesc 25 de minorități naționale. Comunitatea maghiară este cea mai mare, aprox. 6,6% din populație, fiind urmată de comunitatea rromă, aprox. 2,5% din populație. Procentul privind comunitatea rromă este apreciat ca fiind inferior celui real¹⁰⁵, care este aproximat la 10% din populația țării. Minoritățile din România vorbesc peste 25 de limbi, împărtășesc 15 credințe religioase și au suferit discriminări de ordin etnic, religios și social.

¹⁰⁴ M. Mireanu, *Acțiunea afirmativă* – <http://pretext.wordpress.com/eseuri-academice>

¹⁰⁵ A. Covrig, *Why Roma do not Declare their Identity – Careful Decision or Unpremeditated Refusal?* (http://www.jsri.ro/old/html%20version/index/no_8/ancacovrig-articol.htm) – experiența trecută și prezentă, neîncrederea față de stat, frica de discriminare sau de folosirea datelor în scopuri discriminatorii determina populația rromă să își nege identitatea.

Legislația românească a urmărit eliminarea acestor discriminări de-a lungul timpului, astfel Legea nr. 48/2002 – în art. 2 alin. (5) lit. a) – prevede „instituirea unor măsuri speciale, în vederea protecției persoanelor aflate în minoritate, atunci când acestea nu se bucură de egalitatea șanselor” iar par. 2 al art. 6 din Constituția României precizează că „măsurile de protecție luate de stat pentru păstrarea, dezvoltarea și exprimarea identității persoanelor aparținând minorităților naționale trebuie să fie conforme cu principiile de egalitate și de nediscriminare în raport cu ceilalți cetățeni români”.

În aplicarea prevederilor legislative și pentru a schimba situația socială a minorităților au fost puse în practică măsuri de acțiune afirmativă, în special în cadrul învățământului de stat. Astfel, s-au introdus locuri speciale în școli pentru copiii aparținând unor minorități etnice (rromii, maghiarii și românii din Republica Moldova), s-au editat manuale în limbile materne ale acestora și s-au creat unele facilități care să le permită un acces ușor la educație. Cel mai mult au beneficiat de pe urma unor astfel de măsuri comunitatea maghiară și cea rromă, iar cea în cadrul căreia s-a înregistrat cel mai semnificativ progres este minoritatea rromă.

Cetățenii rromi constituie principala prioritate a programelor de reintegrare socială și culturală, deoarece sunt o categorie marginalizată. Încă din vremea comunismului, mulți rromi au preferat să își nege apartenența, pentru a nu fi discriminați sau pentru a avea acces la poziții sociale mai înalte. Cu toate acestea, nivelul scăzut de trai i-a făcut pe unii rromi să se îndrepte spre activități ilicite, ceea ce a dus la delincvență, lucru ce a contribuit la marginalizarea lor, la confirmarea diferitelor stereotipuri negative, și la ostilitatea restului populației față de acest grup¹⁰⁶.

Potrivit datelor statistice, până în anul 1996, printre rromi exista cea mai mare rată de analfabetism, lucru ce a determinat autoritățile să adopte o serie de măsuri pentru a crește nivelul de educație al copiilor rromi. Astfel, ei dispun de clase speciale, locuri distincte la universități¹⁰⁷ și chiar caravane școlare pentru copiii nomazi. România este printre primele țări din Europa care pune accent pe școlarizarea rromilor¹⁰⁸.

Etnicii maghiari beneficiază de învățământ în limba maternă și de alte măsuri speciale. În anumite universități din țară, cum este Facultatea de medicină din Cluj, există locuri speciale pentru candidații maghiari.

Personal apreciez că, în ceea ce privește etnicii maghiari, aceste măsuri nu sunt necesare deoarece nu se justifică. Măsurile speciale sunt legitime și aplicabile atâta timp cât există discriminare, cât există din partea majorității o percepție de inferioritate reală a comunității minoritare în cauză. Însă maghiarii nu sunt cultural sau material sau în orice alt fel dezavantajați, pentru a se bucura de un statut special, cum este cazul rromilor. Minoritatea maghiară se bucură de un statut egal cu cel al populației majoritare, participând prin reprezentanții aleși la administrarea treburilor proprii, dar și ale statului român. În plus, există situații în care candidații

¹⁰⁶ Centrul de Documentare și Informare despre Minoritățile din Europa de Sud-Est, *Romii din România* – http://www.ardor.org.ro/content/ro/Romii_din_Romania.pdf.

¹⁰⁷ Ordinul Ministerului Învățământului nr. 3577 din 15 aprilie 1998.

¹⁰⁸ M. Mireanu, *Acțiunea afirmativă* – <http://pretext.wordpress.com/eseuri-academice>.

români care vorbesc limba maghiară se declară maghiari, pentru a beneficia de locurile speciale din universități, ceea ce ne duce la concluzia că nu există o temere de a fi discriminați.

Beneficiază de măsuri pozitive și tinerii din Republica Moldova care vor să studieze în România. Statul român a pus la dispoziția acestora locuri gratuite la licee și locuri speciale în învățământul superior. Aceste măsuri fiind mult mai populare decât cele care îi avantajează pe tinerii maghiari, din cauza că populația majoritară în Republica Moldova este considerată a fi de naționalitate română.

Un alt domeniu unde se aplică discriminarea pozitivă îl constituie egalitatea între sexe. Femeile nu sunt minoritare în România însă ele continuă să sufere de pe urma discriminării, în ciuda tuturor măsurilor legislative impuse de autorități. Ratele ridicate ale violenței domestice, ale traficului de ființe umane și ale șomajului în rândurile femeilor indică necesitatea unor măsuri compensatorii care să stabilească egalitatea între sexe. Conform art. 14 din Legea nr. 202/2002, instituțiile de învățământ și factorii de formare educativă trebuie să includă „măsuri de respectare a principiului egalității de șanse și tratament între femei și bărbați”. Aceeași lege, la art. 15 prevede eliminarea din manualele școlare a tuturor stereotipurilor comportamentale negative referitoare la rolul femeilor în societate și la art. 22 prevede „introducerea unor măsuri stimulative de reprezentare echitabilă și echilibrată a femeilor și bărbaților în cadrul autorităților decizionale ale partenerilor sociali, cu respectarea criteriilor de competență”. Cu toate acestea, realizările concrete au fost puține, un obstacol greu de trecut dovedindu-se a fi mentalitatea oamenilor, atât a bărbaților, cât și a femeilor.

Peste tot în Europa, și nu numai, se aplică astfel de măsuri de discriminare pozitivă. Un bun exemplu se găsește în Olanda în ceea ce privește integrarea populației din Surinam, de către olandezi. După obținerea independenței Surinamului, în anul 1975, un mare număr de surinamezi au plecat în Olanda, iar guvernul olandez a favorizat companiile care îi angajau pe noii veniți și a alocat resurse, peste media destinată olandezului mijlociu, pentru educația acestora. Astăzi, populația surinameză are un grad de integrare mult superioară altor minorități și contribuie la frumusețea și puterea poporului olandez. Astfel că, în loc să formeze ghetouri și să înmulțească delictele și crima organizată, surinamezii și urmașii lor contribuie la dezvoltarea țării, dovedindu-se astfel foarte utile eforturile îndreptate spre ajutorarea acestora, care, fără acest suport, s-ar fi transformat în marginali.

Cum am spus mai sus, părerile sunt împărțite, astfel că această modalitate de combatere a discriminării este deseori contestată pe temeuri morale și constituționale. Cel mai adesea, s-a susținut că discriminarea pozitivă contravine principiului egalității, prin aceea că îi dezavantajează pe cei care nu fac parte din niciuna dintre categoriile avute în vedere și că aceasta poate alimenta ostilitatea majorității împotriva minorităților, deoarece toleranța nu se impune, ci se învață.

Adversarii acțiunii afirmative consideră că orice fel de discriminare are efecte maligne asupra societății și că fabrică o diversitate artificială. Tratatamentul preferențial, indiferent de scopurile sale, intră în contradicție cu meritocrația și încurajează membrii minorităților să-și exploateze propriul sentiment de victimizare,

care devine astfel o sursă de putere și privilegii. Mai mult, membrii majorității, care nu au beneficiat de tratament preferențial, dezvoltă resentimente față de grupurile favorizate, ceea ce nu face decât să adâncească și mai mult diferențele sociale. Oponenții acestor măsuri speciale apreciază că eroarea cea mai mare a acțiunii afirmative este accentul pus mai degrabă pe scop decât pe mijloace. Realizarea concretă a egalității de șanse e într-adevăr un deziderat, însă felul în care este el obținut ridică mereu alte semne de întrebare și dă mereu naștere la noi dispute¹⁰⁹.

Astfel că, încercarea de a egala șansele mai multor grupuri sociale prin oferirea de avantaje celor defavorizate este apreciat ca fiind incorectă, deoarece nu se poate stabili cât ar trebui să li se ofere în plus celor cu posibilități reduse pentru a fi sigur că șansele lor nu le vor depăși pe cele ale grupurilor nefavorizate sau că nu li s-a oferit prea puțin, și ei rămân în continuare dezavantajați.

Pe de altă parte, în plan practic, grupurile defavorizate nu sunt niciodată la fel de cooperante cum se presupune, în mod teoretic, că ar trebui să fie, pentru a-și recupera avansul pierdut. Prin urmare, de multe ori, studenții rromi sau basarabeni intră la facultate cu note cu puțin peste limită, pe locurile de la buget rezervate lor, pe când studenții români, cu note mult mai mari, ori nu intră deloc, ori intră pe locuri cu taxă. Este posibil ca studenții minoritari să nu mai fie motivați să învețe pentru că știu că au locuri rezervate.

În România, un caz mai deosebit de acțiune afirmativă îl reprezintă măsurile aplicate revoluționarilor români din 1989 prin Legea nr. 341/2004 care prevede că aceștia beneficiază de „indemnizații lunare”, „prioritate în asigurarea unei locuințe”, „cumpărarea sau închirierea cu prioritate, fără licitație, din fondul de stat, a unui spațiu comercial”, „terenuri”, „atribuirea în proprietate, fără plată, a locului de veci”, „transport gratuit”, scutiri de taxe, și altele. Drepturi care au creat o impresie de exces în cadrul societății, ducând la scăderea legitimității revoluționarilor. În acest caz se pot observa efectele negative ale exagerării măsurilor de recompensare.

În concluzie, considerăm că este important de stabilit nu doar scopul, ci și mijloacele acțiunilor afirmative. Procesul realizării egalității de șanse în România trebuie să țină seama de numeroși factori. În paralel cu stabilirea de noi decizii de favorizare, atât minoritățile, cât și majoritățile trebuie educate în spiritul toleranței. Metodele de implementare practică a acestor principii sunt discutabile, însă consecințele a secole de discriminare și inegalități economice și sociale nu vor dispărea de la sine și peste noapte. Este necesară sprijinirea membrilor grupurilor defavorizate, astfel încât integrarea acestora să dureze cât mai puțin și să decurgă cât mai lin cu putință. Astfel că, este necesar să depășim prejudecățile și să acceptăm chiar unele rezultate de moment nesatisfăcătoare, atunci când scopul final este unul benefic. Pentru a ne referi strict la exemplul amintit mai sus – cele câteva locuri rezervate rromilor la fiecare sesiune de admitere la universități, nu afectează semnificativ șansele unui student român, cât de cât bine pregătit, mai

¹⁰⁹ S. Steele, *The Content of Our Character: A New Vision of Race in America*, în „Taking Sides” – Political Issues, 11th ed.

ales că în multe cazuri aceste locuri sunt prevăzute ca supliment față de locurile obișnuite. Însă șansa pe care această măsură specială o oferă tinerilor rromi nu este de neglijat: ei vor absolvi o facultate, se vor integra în societatea largă, vor avea slujbe, vor accede la o viață mai bună.

6. Concluzii

Dreptul la egalitate consfințit de majoritatea instrumentelor juridice naționale și internaționale de protecție a drepturilor omului, este dreptul tuturor ființelor umane de a fi egale în demnitate, de a fi tratate cu respect și considerație și de a participa în condiții de egalitate cu ceilalți la orice aspect al vieții economice, sociale, politice, culturale sau civile. Realitatea juridică denumită în general egalitate nu este aceeași în toate sistemele de drept, însă se remarcă unele trăsături comune tuturor acestor modele. Egalitatea nu se definește prin raportare la noțiunea opusă de discriminare, ci prin diversitatea situațiilor concrete care trebuie să fie reflectată în norma juridică și trebuie să se adapteze diferitelor circumstanțe fără a realiza discriminări.

În principiu conceptul de egalitate, în toate formele ei (politică, juridică, socială și economică) poate fi considerat suficient pentru crearea unui mediu social în care dreptatea să se manifeste pe deplin însă în realitate aceste condiții formale sunt compatibile cu inegalități iar conceptul de egalitate nu oferă întotdeauna o perspectivă reală, realizabilă, cum nici conceptul de dreptate nu este reductibil la o uniformizare privind drepturile și libertățile fundamentale. Egalitatea și interzicerea discriminării constituie un principiu fundamental al oricărei democrații însă o sursă importantă a inegalității și discriminării este pasivitatea cetățenilor, ca atare, implementarea principiului egalității și al nediscriminării rămâne o provocare permanentă a oricărei democrații. Educarea cetățenilor în a promova prin comportamentul cotidian toleranța, statul de drept, integrarea, acceptarea și respectarea diferențelor este un proces de lungă durată în orice societate, care presupune o analiză și recunoaștere a propriilor valori și temeri.

2.

Dreptul european al consumului din perspectiva Directivei 93/13 privind clauzele abuzive și a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene

Drd. Ioana Camelia BUCIU*
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

European consumer law governs the relationship between consumer and the Internal Market, where the consumer is the final beneficiary of production and distribution. The superior economic power of undertakings from certain sectors has changed the form of the consumer agreement, from a negotiated manifestation of free will into a pre-established manifestation of will and adhesion. In this context, in order to restore contractual fairness, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts was adopted. Directive 93/13/EEC provides for a harmonized minimum in consumer law, while the Member States retain their national law. The implementing of this Directive has been uneven due to the special characteristics of national legislation regarding contract law, thus continuing the market fragmentation at national level. In this context, ECJ interprets the Directive 93/13/EEC and broadens conferred consumer protection to the detriment of the Directive interpretation given by national courts transposing it into the Member States' national law. Thus, the interpretation provided by the ECJ affects the scope and limits of the court obligation to start an ex-officio investigation. Although, by means of the ECJ case-law, the EU indirectly extends its legislative powers in the field of consumer law, it should be noted that neither the Directive 93/13/EEC, nor the Law No. 193/2000 transposing the Directive do not provide for any express obligation on the court to start an ex-officio investigation with a view to deciding on the abusive character of contractual terms. The consumer passivity when failing to invoke the annulment by law or by exception, as well as the national judge passivity when failing to start an ex-officio investigation, eludes the purpose of the European Directive and of the national transposing law. The national judge, as first point of contact in the field of European law and according to ECJ case-law, has the duty to start an ex-officio investigation and to acknowledge the abusive character of contractual terms, thus making sure that the provisions in the Treaty on the

* ioana.buciu@ymail.com

Functioning of the European Union are complied with, in order to protect consumers' interests.

Keywords: *European consumer law, Council Directive 93/13/EEC on unfair contractual terms, abusive clauses, investigation independence, ECJ case-law, the obligation to start an ex-officio investigation, transposing law, Law No. 193/2000 on unfair terms, adhesion agreement*

Rezumat

Dreptul european al consumului reglementează relația dintre consumator și Piața Internă unde consumatorul este beneficiarul final al producției și distribuției. Puterea economică superioară a întreprinderilor a schimbat în cadrul anumitor sectoare forma contractului de consum dintr-o manifestare de voință liber negociată, într-o manifestare de voință preformată și de adeziune. În acest context, pentru restabilirea echității contractuale a fost adoptată Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii. Directiva 93/13/C CEE prevede o armonizare minimă în domeniul consumului, iar Statele Membre își mențin legislațiile naționale. Implementarea directivei a fost neuniformă datorită particularităților legislațiilor naționale în domeniul dreptului contractual, menținându-se fragmentarea piețelor naționale. În acest context, CJUE interpretează Directiva 93/13/CEE și lărgeste protecția conferită consumatorilor în detrimentul interpretării date de instanțele naționale legilor de transpunere. Interpretarea CJUE vizează domeniul de aplicare și limitele obligației instanței de sesizare ex officio. Deși, prin jurisprudența CJUE, în mod indirect UE își extinde competența de legiferare în domeniul consumului, trebuie observat faptul că nici Directiva 93/13/CEE și nici Legea nr. 193/2000 prin care a fost transpusă directiva nu prevăd expres obligația ca instanța de judecată să poată din oficiu să dispună asupra clauzelor abuzive în vederea constatării caracterului abuziv al clauzelor contractuale. Pasivitatea consumatorului atunci când nu invocă nulitatea pe cale de acțiune ori pe cale de excepție, precum și pasivitatea judecătorului național când nu se sesizează din oficiu, eludează scopul directivei europene și al legii naționale de transpunere. Judecătorul național, ca prim judecător de drept european, în temeiul jurisprudenței CJUE, când soluționează un litigiu din domeniul protecției consumatorului, are obligația de a se sesiza din oficiu și de a constata caracterul abuziv al clauzelor contractuale asigurând respectarea dispozițiilor TFUE cu scopul de a proteja interesele consumatorilor.

Cuvinte-cheie: dreptul european al consumului – Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive – clauze abuzive – autonomie procedurală – jurisprudența CJUE – obligația de sesizare ex officio – legea de transpunere – Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive – contract de adeziune

1. Dreptul european al consumului ca ramură a dreptului economic european

„Obiectivul principal al Uniunii Europene este liberul acces al întreprinderilor pe Piața Internă în sensul art. 26 alin. (2) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene”¹. Piața Comună, devenită ulterior Piața Internă, a fost creată pentru îndeplinirea obiectivului Tratatului de instituire a Comunității Europene Europene², respectiv „alinieria productivității Statelor Membre³, producția de valoare economică și lărgirea ariei producției și distribuției”⁴. În cadrul Pieței Interne au fost implementate cele patru libertăți fundamentale ale Comunității Economice Europene – libertatea de mișcare a bunurilor, a persoanelor, a serviciilor, a capitalurilor – formulate ca și „drepturi de acces” pe piață⁵ în favoarea întreprinderilor participante, „reprezentând condiții ale producției și ale distribuției în viziunea originară a Tratatului”⁶.

1.1. Doctrina juridică europeană a sesizat faptul că Tratatul ce vizează realizarea Pieței Interne, nu aveau ca obiectiv dreptul consumului, ci acesta s-a dezvoltat ca urmare a jurisprudenței CJUE care a urmărit asigurarea libertăților fundamentale, respectiv: libera circulație a persoanelor, libera circulație a bunurilor, libera circulație a capitalurilor și libera circulație a serviciilor în vederea realizării productivității. Întrucât Statele Membre refuzau libera circulație a bunurilor invocând protecția consumatorilor, CJUE a stabilit că dispozițiile din dreptul consumului sunt contrare Tratatului de instituire a Comunității Economice Europene⁷, ulterior Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene⁸, și că astfel sunt protejate produsele naționale, prin eliminarea concurenților din Statele Membre, inovatoare fiind cauza *Cassis de Dijon*⁹ unde Curtea a statuat că

¹ Publicat în JO C 326, 26 octombrie 2012; Art. 26 alin. (2) din TFUE: „Piața internă cuprinde un spațiu fără frontiere interne, în care libera circulație a mărfurilor, a persoanelor, a serviciilor și a capitalurilor este asigurată în conformitate cu dispozițiile tratatelor”.

² Din 25 martie 1957.

³ S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, pp. 1-33, despre descrierea evoluției politicii de consum a Comunității, apud N. Reich, H.-W. Micklitz, *Economic Law and Consumer Interests in the Complex Relations of Community/Union, Member States and Undertakings*, p. 8, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *European Consumer Law*, 2nd ed., Ed. Intersentia, Portland, 2014.

⁴ N. Reich, H.-W. Micklitz, *Economic Law and Consumer Interests in the Complex Relations of Community/Union, Member States and Undertakings*, pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ Din 25 martie 1957.

⁸ Publicat în JO C 326, 26 octombrie 2012.

⁹ CJUE, Cauza 120/78, hotărârea din 20 februarie 1979.

stabilirea unui prag minim de alcool în vederea comercializării anumitor produse spirtoase pe piața Germană este de natura a restrânge libera circulație a produselor. În speță fiind vorba de refuzul comercializării pe teritoriul german a lichiorului de origine franceză *Cassis de Dijon*, având gradul de alcool cuprins între 15 și 20 grade, motivat de faptul că pragul minim admis potrivit legislației germane privind protejarea intereselor consumatorului, este de 25 de grade, o astfel de dispoziție națională fiind echivalentă unei restricții cantitative la import. În temeiul acestei rațiuni, CJUE a anulat dispozițiile naționale contrare Tratatelor care urmărea realizarea Pieței Libere, în prezent Pieței Unice, conducând la dezvoltarea Dreptului consumului european ca și componentă a Dreptului economic european.

Potrivit doctrinei juridice europene, „dreptul economic european este dreptul Pieței Interne care în mod indirect protejează interesele consumatorilor”¹⁰ și urmărește îmbunătățirea „calității vieții”¹¹. În ceea ce privește protecția consumatorilor, art. 153 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene¹² consacră două direcții complementare, respectiv: un nivel înalt de protecție a sănătății și protecția intereselor economice ale consumatorilor¹³. În ceea ce privește creșterea calității vieții ca și obiectiv al art. 2 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene¹⁴, și menținut în modificările ulterioare, era urmărit prin implementarea de măsuri în domeniul producției astfel cum este stipulat expres în art. 3 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene¹⁵. Potrivit doctrinei juridice europene, „creșterea standardului de viață și calității vieții” sunt subordonate politicii de producție, „fără a fi un element de politică independent și specific al Comunității”¹⁶, apărând în mod semi-automat ca rezultate ale pieței libere¹⁷. Noțiunea de „calitate a vieții” definește dreptul consumatorilor la informare, libertatea de alegere și de decizie în legătură cu activitățile comerciale și contractarea cu întreprinderile active pe Piața Internă, protecția încrederii legitime, protecția legală și accesul la justiție¹⁸.

¹⁰ J. Stuyck, *CMLRev* 2000, p. 367, apud N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 7, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹¹ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 7, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*
În acest sens, vezi CJUE, C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro y Centro Movil Milenium* [2006] ECR1-10421, par. 37.

¹² Din 25 martie 1957.

¹³ E. Mihai, *Lecții de dreptul consumului*, Ed. Mirton, Timișoara, 2007, p. 36.

¹⁴ Din 25 martie 1957.

¹⁵ Publicat în JO C326, 26 octombrie 2012.

¹⁶ Pelkmans, *The Institutional Economics of European Integration*, în Cappelletti, *Integration through Law*, I/1, p. 318, apud N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 9, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹⁷ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹⁸ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.* p. 7, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

1.2. Doctrina juridică europeană consideră că „dezvoltarea politicii consumului ca și politică independentă a avut loc treptat pe măsura intensificării integrării, deși această autonomie a rămas în mod constant precară”¹⁹.

Competența Uniunii Europene în domeniul consumului a crescut treptat odată cu „armonizarea legislației și modificarea competenței de legiferare în favoarea UE” prin reducerea puterii Statelor Membre²⁰. Scopul armonizării legislațiilor a fost instituirea de reguli comune pentru realizarea Pieței Unice. Armonizarea îndeplinește o funcție dublă: în primul rând, integrarea și deregularizarea piețelor, adică de la Statele Membre care aveau reglementări diferite în domeniul consumului să se ajungă la un singur regim comun și, în al doilea rând, alinierea legislației naționale în domeniul consumului cu standardul impus de Uniunea Europeană²¹.

Tratatul de la Maastricht din 1992²² a reprezentat un prim pas în dezvoltarea politicii consumului, fiind legiferate cinci drepturi fundamentale în favoarea consumatorilor, justificate de poziția economică inferioară a consumatorului și puterea copleșitoare de negociere a furnizorului²³, respectiv: (1) *dreptul la protejarea sănătății și a siguranței*; (2) *dreptul la protejarea intereselor economice*; (3) *dreptul de a formula plângere*; (4) *dreptul la informare și educație*; (5) *dreptul la reprezentare*. Prin introducerea art. 100A în Tratat, protecția consumatorului devine obiectiv distinct al Comunității, fiind scos de „sub tutela principiilor liberei circulații, pentru a fi consacrat ca politică în sine”²⁴.

Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene²⁵ a extins protecția consumatorilor în mod expres și a inclus-o în „competența comună” a Uniunii și a Statelor Membre prin art. 4 alin. (2) lit. f) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene²⁶, devenind obiectiv al politicii Uniunii și obiectiv de competență al structurii Uniunii. Principiul protecției consumatorilor este introdus în art. 38 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene²⁷: „Politicile Uniunii asigură un nivel ridicat de protecție a consumatorilor”, fără a fi considerat a fi un drept subiectiv al consumatorilor în sensul art. 52 alin. (2) din Cartă: „drepturile recunoscute prin prezenta cartă care

¹⁹ J. Stuyck, *CMLRev* 2000, p. 377, *apud* N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 10, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

²⁰ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

²¹ S. Weatherill, U. Bernitz, *Introduction*, pp. 1-2, în S. Weatherill, U. Bernitz, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Ed. Hart Publishing, 2007.

²² Publicat în JOUE C 255, 07 septembrie 2005.

²³ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

²⁴ E. Mihai, *op. cit.*, p. 39.

²⁵ Publicat în JOUE C 306, 13 decembrie 2007.

²⁶ Art. 4 alin. (2) lit. f) TFUE: „Competențele partajate între Uniune și statele membre se aplică în următoarele domenii principale: (...) (f) protecția consumatorului”.

²⁷ JOUE C 83 din 30 martie 2010.

fac obiectul unor dispoziții prevăzute de tratate se exercită în condițiile și cu respectarea limitelor stabilite de acestea²⁸.

În prezent protecția consumatorilor la nivelul Uniunii este o politică autonomă, a cărei competență se desprinde din interpretare art. 169 alin. (1) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene: „pentru a promova interesele consumatorilor și pentru a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor, Uniunea contribuie la protecția sănătății, a siguranței și a intereselor economice ale consumatorilor, precum și la promovarea dreptului acestora la informare, educare și organizare în vederea apărării intereselor lor²⁹. Cu toate acestea, *autonomia dreptului consumului este una precară*³⁰, obiectivul principal al Uniunii este realizarea pieței interne în sensul alin. (2) lit. a) al art. 169 Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene³¹ și care precizează că: „Uniunea contribuie la realizarea obiectivelor menționate la alin. (1) prin măsuri pe care le adoptă în temeiul art. 114 în cadrul realizării pieței interne³².”

Reglementarea comportamentului pe piață al întreprinderilor și implementarea legislației consumului a fost realizată de către Comisie prin introducerea *clauzelor generale* din cuprinsul Directivei 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii³³ adoptate în domeniul consumului.

Transpunerea directivelor europene a fost realizată în temeiul principiului subsidiarității, aplicat în general în politica consumului în conformitate cu art. 5 alin. (2) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene³⁴, întrucât inițial Comunității, în prezent Uniunii, îi lipsește jurisdicția exclusivă de reglementare³⁵. Potrivit art. 5 (ex-art. 5 Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene)³⁶, „în temeiul principiului subsidiarității în domeniile care nu sunt în competența sa exclusivă, Uniunea intervine numai dacă și în măsura în care obiectivele acțiunii preconizate nu pot fi realizate în mod satisfăcător de Statele Membre, nici la nivel central, nici la nivel regional și local, dar datorită dimensiunilor și efectelor acțiunii preconizate, pot fi realizate mai bine la nivelul Uniunii”. Prin urmare, relația dintre Uniune și Statele Membre, în virtutea principiului subsidiarității, nu trebuie înțeleasă „ca o

²⁸ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.* pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, în P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ J. Stuyck, *CMLRev* 2000, p. 377, *apud* N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 10, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

³¹ Publicat în JO C 326, 26 octombrie 2012.

³² N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 10, în N. Reich, în H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

³³ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

³⁴ Publicat în JO C326, 26 octombrie 2012. Art. 5 alin. (2) TFUE (ex-art. 5 TCE): „În temeiul principiului atribuirii, Uniunea acționează numai în limitele competențelor care i-au fost atribuite de statele membre prin tratat pentru realizarea obiectivelor stabilite prin aceste tratate. Orice competență care nu este atribuită Uniunii prin tratate aparține statelor membre”.

³⁵ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 10, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

³⁶ Din 25 martie 1957.

regulă de excludere³⁷ unde Uniunea nu este titulara unui monopol, ci își aduce contribuția în promovarea intereselor consumatorilor în temeiul art. 3 lit. t) din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene³⁸.

Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive³⁹ stabilea reguli comune în vederea atingerii unui standard minim de uniformizare a legislațiilor naționale. Cu toate acestea, implementare sa de către Statele Membre s-a făcut în mod diferit, ce a condus la discrepanțe în aplicare. De exemplu, noțiunea de consumator care definește orice persoană fizică ce acționează în afara scopurilor profesionale în sensul art. 2 lit. b) din Directiva 93/13/CEE⁴⁰ și care exclude expres persoanele juridice ca urmare a interpretării date de CJUE în cauza *Idealservice*⁴¹, a primit sensuri de interpretare multiple în unele Statele Membre⁴². În continuare, prezentăm cu titlu de exemplu legislații naționale europene, rațiunea ce a stat la baza implementării unui sens mai larg a noțiunii de consumator, precum și critica doctrinei juridice europene față de modul distinct de implementare al Directivei 93/13/CEE⁴³.

Legislația germană BGB⁴⁴ se aplică, în principal, tuturor contractelor standard; legislația franceză, în ciuda hotărârilor restrictive ale Curții de Casație, tradițional adoptă o definiție mai largă a „consumatorului”; iar legislația italiană a lărgit parțial protecția în favoarea comercianților cu amănuntul: Legislația românească a implementat sensul restrâns al noțiunii de consumator prin excluderea activităților profesionale și care vizează, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000⁴⁵: „orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artisanale ori liberale.” Conform art. 36 alin. (4) din Codul italian al consumatorului, vânzătorul (retailerul) are dreptul de a pretinde despăgubiri de la furnizor pentru daunele pe care le-a suferit când clauzele din contractul de vânzare au fost declarate ca abuzive⁴⁶. Și legislația engleză prevede o lărgire a protecției conferite de lege unde Comisia Legislativă din Anglia, a indicat că, deși sunt dispuși să urmeze perspectiva

³⁷ H.-W. Micklitz, *The EU as a Order of Competences and the Private Law*, în Azoulay (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, 2014 forthcoming, apud N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 10, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, în *op. cit.*

³⁸ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

³⁹ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

⁴⁰ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

⁴¹ CJUE: C-541 și C-542/99, *Idealservice SRL and Idealservice MN RE Sas c. OMAI SRL*, [2001].

⁴² P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law. A study in Comparative and EC Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 83.

⁴³ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

⁴⁴ Bürgerliches Gesetzbuch, în prescurtare BGB, în traducere Codul Civil German.

⁴⁵ Publicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

⁴⁶ A. Di Marzio, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, Ed. Giustizia Civile, 1996, p. 518, apud P. Nebbia, *op. cit.*, p. 86.

Europeană a noțiunii de consumator⁴⁷, încearcă să extindă protecția, cel puțin parțial, la întreprinderi (*businesses*); primul motiv fiind faptul că multe dispoziții naționale engleze sunt aplicabile tuturor contractelor, iar obiectivul urmărit este menținerea gradului înalt de protecție asigurat de legislația națională. Al doilea motiv este frecvența cazurilor în care au fost constatate în temeiul legislației naționale engleze, clauze standard nerezonabile în cadrul contractelor dintre profesioniști (cunoscute sub denumirea *business-to-business*)⁴⁸.

Comisia Legislativă engleză consideră că micile întreprinderi care contractează ca și clienți de bunuri sau servicii ce sunt în afara competenței profesionale, se află într-o poziție similară cu cea de consumator și că nu înțeleg în fond clauzele contractuale⁴⁹. Mici întreprinderi sunt cele formate din maximum nouă angajați, atâta vreme cât nu fac parte dintr-un grup sau se încadrează în pragul contractelor de până la 500.000£ sau în cazul contractelor ce fac parte dintr-un grup a căror valoare exced 500.000£⁵⁰.

Problema sesizată în practică de către doctrina juridică europeană pune în discuție protecția agenților economici de pe piață prin recunoașterea de către CJUE a posibilității de a cere daune pentru prejudiciile produse prin restricționarea sau distorsiunea concurenței, în temeiul art. 101 din Tratatul de funcționare a Uniunii Europene⁵¹, ex-art. 81 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene⁵², care asigură menținerea unei piețe deplin competitive mai degrabă decât protecția întreprinderilor individuale. Față de aceste aspecte, întrebarea care se ridică este dacă legiuitorul European, prin hotărârea de a limita protecția oferită de Directiva 93/13/CEE doar la persoanele fizice, nu încalcă principiul egalității de tratament în cazul în care alte categorii de agenți economici pot să dovedească că se află în aceeași situație ca și consumatorii. Întrucât persoanele juridice urmăresc scopul *profesional* în sensul instituțional larg al noțiunii, nu există discriminare în cazul protecției limitate acordate consumatorilor care acționează în afara activității sau profesiei. Cu toate acestea, clauzele contractuale care nu au fost negociate în mod individual ar putea reprezenta o discriminare independentă de *statutul părților*⁵³.

Având în vedere jurisprudența CJUE, din care nu reiese că există prezumția că întreprinderile (cel puțin întreprinderile individuale) nu sunt comparabile cu consumatorii⁵⁴, Statele Membre au lărgit noțiunea de consumator punând în discuție *natura procesului de armonizarea a legislațiilor naționale*⁵⁵ unde discutăm despre principiul egalității, potrivit căruia situațiile similare nu trebuie tratate diferit și situații

⁴⁷ Livretul Consultativ al Comisiei nr. 166 (Law Commission Consultation Paper no. 166), nr. 17 par. 5.12., *apud* P. Nebbia, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁸ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁹ H. Beale, *Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK*, în *Journal of Consumer Policy*, nr. 309, 2004, *apud* P. Nebbia, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁰ P. Nebbia, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁵¹ Publicat în JOUE C 306, 13 decembrie 2007.

⁵² Din 25 martie 1957.

⁵³ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 83.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 84.

diferite nu trebuie tratate identic, cu excepția cazului în care astfel de diferențe sunt justificate obiectiv⁵⁶. În dreptul european al consumului, principiul egalității de tratament funcționează în limitele ce urmăresc armonizarea⁵⁷.

Față de legislațiile naționale și de implementarea de către Statele Membre a Directivei 93/13/CEE, doctrina juridică străină a pus în discuție chestiunea dacă Statele Membre au dreptul de a adopta o noțiune mai largă a conceptului de consumator, bazată pe rațiunea „competenței” mai degrabă decât pe „funcție” și, în consecință, să extindă protecția și la persoanele juridice⁵⁸. S-au formulat susțineri în sensul celor două interpretări și care prezintă ca și argument, pe de-o parte, art. 8 din Directiva 93/13/CEE privind minima armonizare care dă dreptul Statelor membre să adopte sau să mențină „cele mai stricte dispoziții compatibile cu tratatul în domeniul reglementat de prezenta directivă, pentru a asigura consumatorului un nivel maxim de protecție”⁵⁹. Un argument contrar susținut de doctrina juridică europeană susține că formula minimei armonizări permite Statelor Membre să adopte sau să mențină „dispoziții mai stricte” pentru protecția consumatorului doar în domeniul deja acoperit de Directiva 93/13/CEE, iar lărgirea de către Statele Membre a protecției *alta decât în cadrul contractelor de consum*, lărgind înțelesul noțiunii de „consumator” peste interpretarea CJUE, nu este întemeiată pe formula minimei armonizări⁶⁰.

Față de aceste chestiuni, comunicarea Comisiei a susținut că *acquis-ul* este deficitar prin „absența unor definiții comune”⁶¹ care să conducă la aplicarea consecventă a Directivei 93/13/CEE în cazuri similare, precum și datorită introducerii de către directivă a unor concepte europene noi în legislațiile naționale existente, precum buna-credință în sensul directivei, echilibru contractual, caracter abuziv⁶². Un astfel de exemplu este art. 1 din Directiva 93/13/CEE⁶³ unde noțiunea de „business” este tradusă în limba română ca „vânzător sau furnizor”, iar Legea nr. 193/2000⁶⁴ de implementare folosește noțiunea de „profesionist”. În Franța este folosit termenul de „profesionist – *professionnel*”, în Germania cel de „comercianți – *Gewerbetreibende*”, iar în Anglia vânzător sau „furnizor – *seller*” sau „*supplier*”⁶⁵.

Pentru viitor, în vederea eliminării inconsecvențelor legislative, se urmărește *abordarea armonizării depline* care a fost preluată și în Strategia 2007-2013 a Politicii UE privind protecția consumatorilor urmărindu-se un „nivel la fel de ridicat

⁵⁶ C-306/93, *Winzersekt c. Land Rheinland-Pfalz* [1984] ECR 1229 și C-63/89 *Assurances du Credit c. Council and Commission* [1991] ECR I-1799.

⁵⁷ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁹ N. Reich, *The implementation of Directive 93/13/EC on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts in Germany*, în *European Review of Private Law*, nr. 165, 169/1997, *apud* P. Nebbia, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁰ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 88.

⁶¹ Comunicarea Comisiei către Parlamentul și Consiliul European. *Un Drept european al contractelor mai coerent. Un plan de acțiune*, COM (2003), 68 final, 8. În traducere: *Communication from the Commission to the European Parliament and Council. A more Coherent European Contract Law. An action Plan*.

⁶² P. Nebbia, *op. cit.*, p. 92.

⁶³ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

⁶⁴ Publicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

⁶⁵ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 92.

de protecție” și care a fost corelată cu Concluziile Consiliului de la Lisabona din 2000 unde a fost introdus obiectivul⁶⁶ „de a face din UE cea mai competitivă economie de pe glob”, confirmat în agenda Europeană din 2020⁶⁷.

1.3. Dreptul european al consumului are ca scop garantarea și apărarea *autonomiei individuale a consumatorului* față de întreprinderile care desfășoară activități în cadrul Pieței Comune în relația dintre Statele Membre și Uniune⁶⁸. Dreptul european al consumului este în legătură directă cu producția și distribuția, ca rațiuni ale Pieței Interne, și vizează „*aplicarea dispozițiilor de fond ale Tratatului*”⁶⁹.

Ramura dreptului consumului reglementează „*raporturile specifice dintre producători, distribuitori, prestatori de servicii și destinatarii finali ai bunurilor și serviciilor, reglementând practic achiziționarea de către destinatarii finali a produselor și serviciilor în cadrul procesului socio-economic al consumului, instituind o protecție specială consumatorilor în raporturile cu producătorii de bunuri și servicii*”⁷⁰.

1.4. Consumatorul este beneficiarul final al obiectivelor economice ale Comunității⁷¹ în sensul Tratatului de instituire a Comunității Economice Europene⁷² și cu modificările ulterioare este subiect calificat central al dreptului consumului European, *homo economicus passivus*, în calitate de „participant pasiv pe piață” lipsit de intenția de a produce profit⁷³ și care reprezintă „*pasarela prin care comunică oferta și cererea*”⁷⁴. Cu toate acestea, față de dezbaterile privind organismele modificate genetic care a arătat că unii consumatori doresc să ia decizii de consum luând în considerare impactul asupra mediului, doctrina juridică europeană recunoaște faptul că „*consumatorul nu este doar un homo economicus care ia decizii în funcție de calitatea și prețul produselor, putând dori să știe dacă mărfurile sunt produse în conformitate cu principiile comerțului echitabil (un venit decent pentru producător,*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ A European Strategy for smart, sustainable and inclusive growth, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_en.pdf (accessed 31 January 2014), *apud* N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 16, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁶⁸ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 6, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, în *op. cit.*

Vezi în acest sens literatura juridică străină cu privire la diferite aspecte în domeniul protecției consumatorului în UE: Reich, *Liber amicorum Calais-Auloy*, p. 943; Howells/Wilhelmsson, *EC Consumer Law*; Micklitz, *PennState IntRev* 2005, p. 549; J. Stuyck, *CMLRev* 2000, p. 367; Drexli, 44; Radejeh; Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*.

⁶⁹ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 6, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁷⁰ E. Mihai, *op. cit.*, pp. 8-18.

⁷¹ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 5, *apud* L. Krämer, *EEC Consumer Law*, Brussels, Brylant, 1997, p. 2.

Vezi în acest sens și N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 6-65, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁷² Publicat în JO C326, 26 octombrie 2012

⁷³ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 6, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, în *op. cit.*

⁷⁴ E. Mihai, *op. cit.*, p. 7.

fără exploatarea grupurilor multinaționale, fără munca copiilor etc.) și, astfel doresc să cumpere în consecință”⁷⁵.

Doctrina juridică română recunoaște rolul consumatorilor în contraponderea producției prin echilibrarea pieței, ca urmare a faptului că orice mega-ofertă are nevoie de o mega-cerere pentru a supraviețui, precum și prin faptul că oferta nu poate crește, dacă cererea nu o poate absorbi⁷⁶.

Cetățenii UE și implicit consumatorii beneficiază de principiile protecției legale efective și de accesul la justiție garantate de legislația UE în sensul art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale⁷⁷, „dar aceste drepturi trebuie să fie asigurate în primul rând de către Statele Membre înseși, și nu de către UE”⁷⁸.

2. Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori

În viziunea dreptului european al consumului, Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive⁷⁹ reglementează „legătura dintre protecția consumatorilor și piața internă”, spre deosebire de legislațiile naționale privind clauzele abuzive care reglementează „protecția părții vulnerabile într-o tranzacție”⁸⁰ [în legislația noastră privitoare la protecția consumatorului sunt preluate în cea mai mare parte prevederile din Directiva 93/13/CEE; nu au fost preluate excepțiile din art. 2 față de pct. (g), (j) și (l) din Anexa Directivei 93/13/CEE, prevăzute în domeniul bancar, domeniul valutar și acolo unde prețul este susceptibil de fluctuații]. În continuare, vom trece în revistă câteva considerații de drept european privind legătura dintre protecția consumatorilor și Piața Internă, iar în următorul capitol vom face referire asupra unor aspecte de drept național privind protecția părții vulnerabile într-o tranzacție.

2.1. Reglementarea clauzelor abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori, relație cunoscută în doctrina juridică europeană⁸¹ sub denumirea de *buisness-to-consumers*, respectiv profesionist – consumator (în continuare B2C) a fost un proces îndelungat la nivelul Comunității, respectiv al Uniunii Europene, desfășurat pe parcursul anilor 1970-1990.

Intervenția în politica consumului se justifică prin „asimetria puterii economice”, în contextul în care consumatorul reprezintă „pasarela prin care comunică oferta și

⁷⁵ J. Stuyck, *The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition*, p. 172, în S. Weatherill, U. Bernitz, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Ed. Hart Publishing, 2007.

⁷⁶ E. Mihai, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁷ Art. 47 din Carta drepturilor fundamentale prevede că: „orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite de prezentul articol”.

⁷⁸ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 51-52, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*.

⁷⁹ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

⁸⁰ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 3.

⁸¹ N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*, p. 1 și urm. Acesta denumire este folosită în doctrina juridică de drept european.

cererea⁸². Întreprinderea urmărește raționalizarea interesului prin transferarea riscului către consumator. Contractele sunt pre-formulate de către întreprinderi sau asociațiile acestora și sunt impuse unilateral, fără negociere, cocontractantului-consumator. În acest fel, „costurile tranzacției” sunt salvate în beneficiul întreprinderii și mai puțin al consumatorului sau al publicului în general⁸³. În lipsa unei reprezentări speciale colective a intereselor consumatorilor care să ia parte la negocierile contractuale⁸⁴, clauzele pre-formulate încurajează în mod unilateral puterea economică în detrimentul consumatorului final. „Aceasta este rațiunea pentru care clauzele contractuale pre-formulate constituie utilizarea în mod unilateral a puterii economice folosită împotriva consumatorilor finali privați. Aceste clauze nu împărtășesc «garanția echității contractuale» care, potrivit doctrinei liberale, caracterizează «contractele liber negociate bazate pe auto-determinare»⁸⁵.

Directiva 93/13/CEE vizează „armonizarea parțială a dreptului contractelor de consum în Statele Membre”⁸⁶ și urmărește protejarea consumatorului ca partea cocontractantă mai slabă⁸⁷. Directiva 93/13/CEE are o interpretare autonomă față de celelalte directive din domeniul consumului ca o consecință a politicii de protecție a consumatorului potrivit principiului minimeii armonizări⁸⁸.

⁸² E. Mihai, *op. cit.*, p. 7.

⁸³ H.-W. Micklitz, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, p. 127, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibidem*, p. 128, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 132, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁸⁷ Preambulul Directivei 93/13/CEE în par. 6, 8-10, definește expres care este scopul protecționist:

Par. 6: „Întrucât, pentru a facilita instituirea pieței interne și pentru a proteja cetățeanul, în rolul său de consumator, la achiziționarea de bunuri și servicii în temeiul unor contracte care sunt reglementate de legislația unui alt stat membru decât statul său membru, este esențial să se elimine clauzele abuzive în aceste contracte”.

Par. 8: „Întrucât cele două programe comunitare privind protecția consumatorului și politica de informare (4) au subliniat importanța protejării consumatorilor în ceea ce privește clauzele contractuale abuzive; întrucât această protecție ar trebui prevăzută de actele cu putere de lege și actele administrative care sunt fie armonizate la nivel comunitar, fie adoptate direct la acest nivel”.

Par. 9: „Întrucât, în conformitate cu principiul prevăzut sub titlul „Protejarea intereselor economice ale consumatorilor”, astfel cum este enunțat în programele în cauză: „persoanele care achiziționează bunuri și servicii ar trebui protejate împotriva abuzului de putere de către vânzător sau furnizor, mai ales împotriva contractelor de adeziune și împotriva excluderii abuzive a unor drepturi esențiale din contracte”.

Par. 10: „Întrucât se poate obține o protecție mai eficace a consumatorului prin adoptarea unor norme de drept uniforme în ceea ce privește clauzele abuzive; întrucât aceste norme ar trebui să se aplice tuturor contractelor încheiate între vânzători sau furnizori și consumatori; întrucât, prin urmare, trebuie excluse din domeniul de aplicare al prezentei directive, *inter alia*, contractele de muncă, contractele privind drepturile de succesiune, contractele privind drepturi care intră sub incidența Codului familiei și contractele privind înființarea sau organizarea companiilor sau acordurile de parteneriat”.

⁸⁸ H.-W. Micklitz, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, p. 132, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott,

K. Tonner, în *European Consumer Law*, 2nd ed., Ed. Intersentia, Portland, 2014.

În plus, legiuitorul Uniunii a urmărit consolidarea tranzacțiilor transfrontaliere⁸⁹ și combaterea concurenței denaturate, în temeiul art. 100 lit. a) din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene⁹⁰, în prezent art. 114 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene⁹¹. CJUE a statuat pe parcursul jurisprudenței⁹² că *legislația națională care protejează consumatorii sau concurenții reprezintă obstacol în calea comerțului transfrontalier între Statele Membre*, dispozițiile naționale fiind contestate în baza articolelor privind libera circulație, în mod special în temeiul art. 28 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene⁹³ – care interzicea restricțiile cantitative la importuri și orice măsură cu efect echivalent și în temeiul art. 49 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene⁹⁴ – care interzicea obstacolele în calea furnizării transfrontaliere de servicii⁹⁵. Prin infirmarea legislațiilor naționale, Uniunea și-a mărit competența de legiferare și a dereglementat legislațiile naționale, efectele resimțându-se și în domeniul concurenței. Această situație ridică două chestiuni, respectiv *necesitatea protejării consumatorului care poate reprezenta o scuză pentru descurajarea tranzacțiilor transfrontaliere*, pe de-o parte, iar pe de altă parte, calificarea unei asemenea acțiuni ca fiind un *mijloc prin care se denaturează concurența între produsele interne și cele din alte State Membre*.

În ceea ce privește primul aspect, al necesității protejării consumatorului, relevantă este optica CJUE care a aplicat modelul de politică al „consumatorului mediu, suficient de bine informat și suficient de atent și de avizat”⁹⁶, sens în care acesta are atât capacitatea, cât și informațiile necesare pentru a hotărî în cunoștință de cauză. Pe de altă parte, ca urmare a principiului minimeii armonizări, Statele Membre, în reglementarea legislației naționale de transpunere a Directivei 93/13/CEE, pot să includă în noțiunea de „consumator” și persoane care sunt în afara noțiunii consacrate în Directiva 93/13/CEE. În legislația română, consumator înseamnă orice persoană fizică ce achiziționează un bun sau un serviciu, exceptând persoanele juridice.

În ceea ce privește al doilea aspect, respectiv denaturarea concurenței între produsele naționale și cele din alte State Membre, doctrina juridică belgiană a sesizat faptul că *Statele Membre nu invocă protecția corectitudinii tranzacțiilor*

⁸⁹ Par. 5 din Preambulul Directivei: „întrucât, în general, consumatorii nu cunosc normele de drept care, în alte state membre, reglementează contractele pentru vânzarea de bunuri sau de servicii; întrucât această necunoaștere îi poate descuraja să încheie tranzacții directe pentru achiziționarea de bunuri sau de servicii în alt stat membru”.

⁹⁰ Din 25 martie 1957.

⁹¹ H.-W. Micklitz, *Unfair ...op. cit.*, p. 133, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

⁹² CJUE, C-120/78, *Cassis de Dijon*, [1979].

⁹³ Din 25 martie 1957.

⁹⁴ Din 25 martie 1957.

⁹⁵ J. Stuyck, *op. cit.*, p. 160, în S. Weatherill, U. Bernitz, *op. cit.*

⁹⁶ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 22, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

Vezi în acest sens: CJUE, C-210/96, *Gut Springenheide* [1998] ECR I-4657 la par. 31; CJUE, C-303/97, *Kessler* [1999] ECR I-513 la par. 36; CJUE, C-220/98, *Lifting* [2000] ECR I-117; Mai multe vezi în doctrina juridică străină: J. Stuyck, *CMLRev* 2000, p. 389; Reich, *General Principles of EU Civil Law*, p. 297; Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, pp. 57-59; doubts Howells/Wilhelmsson, *EC Consumer Law*, p. 315.

comerciale ca o justificare pentru menținerea măsurii restrictive, ci mai degrabă susțin că măsura este necesară pentru a proteja consumatorii, atunci când este evident contrariul; sau nu susțin deloc justificarea unei astfel de măsuri, ci pur și simplu neagă faptul că măsura este restrictivă. Critica este relaționată cu faptul că este stabilit în mod expres că *principiul aplicării simultane a dreptului CE/în prezent dreptul UE și a dreptului național al concurenței în cazul în care o practică este restrictivă în sensul art. 81-82 din Tratat, afectează comerțul dintre Statele Membre, nu se opune aplicării unor dispoziții de drept intern care urmăresc în principal, un obiectiv diferit de cel urmărit de art. 81 și 82 din Tratat*⁹⁷.

2.2. Domeniul de aplicare al Directivei 93/13/CEE⁹⁸, potrivit art. 2 vizează contractele dintre vânzători sau furnizori și cumpărători în calitate de consumatori.

Directiva 93/13/CEE se aplică tuturor clauzelor care nu au fost negociate individual în cadrul contractelor încheiate cu consumatorii.

În temeiul armonizării minime, în art. 3 alin. (3), Directiva 93/13/CEE introduce Anexa cu „*lista orientativă*” a clauzelor care pot fi considerate abuzive și care se referă la *simetria drepturilor și obligațiilor părților contractante*⁹⁹. CJUE a stabilit în cauza *Commisia c. Regatul Suediei* natura orientativă a Anexei și obligația de implementare în legislațiile naționale a Statelor Membre¹⁰⁰, negând astfel „*existența unei obligații formale de implementare*”¹⁰¹. În consecință, o clauză din Anexă poate să nu fie considerată abuzivă, dacă profesionistul reușește să facă dovada negocierii acesteia, astfel cum o clauză ce nu apare în Anexă poate fi considerată abuzivă dacă îndeplinește condițiile caracterului abuziv (lipsa negocierii, dezechilibrul contractual și încălcarea bunei-credințe)¹⁰².

Anexa are două părți¹⁰³. Prima parte din Anexă se referă, în principal, la redactarea unilaterală a contractului, având ca obiect: excluderea sau limitarea răspunderii în cazul vătămării personale [lit. a)]; excluderea sau limitarea drepturilor legale în cazul neexecutării totale sau parțiale, în cazul unei executări neconforme incluzând garantarea drepturilor [lit. b)]; clauze de caducitate [lit. d)]; despăgubiri forfetare [lit. e)]; clauze de reziliere [lit. f) și g)]; prelungirea contractului [lit. h)]; rezervarea dreptului de modificare a contractului [lit. j) și k)]; clauze de modificare a prețului [lit. l)]; scurtarea perioadei de timp sau limitarea dreptului de a sesiza instanța [lit. q)].

Partea a doua din Anexă, intitulată *Domeniul de aplicare al literelor (g), (j) și (l)*, stabilește anumite facilități – excepții – în favoarea furnizorilor de servicii financiare cu privire la clauze de terminare a contractului sau clauze cu privire la rezervarea dreptului de a modifica contractul, în sensul că informațiile furnizate în timp util sunt suficiente pentru a exclude caracterul abuziv al unei clauze și care vizează obiectul

⁹⁷ J. Stuyck, *op. cit.*, pp. 170-172, în S. Weatherill, U. Bernitz, *op. cit.*.

⁹⁸ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

⁹⁹ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 154-156, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹⁰⁰ CJUE, C-478/99, *Commission c. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-4147.

¹⁰¹ CJUE, C-478/99, *Commission c. Kingdom of Sweden* [2002] ECR I-4147, par. 20.

¹⁰² H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 154-156.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 158, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

prestațiilor la care se obligă consumatorul, mai exact prețul care trebuie plătit. Exprimarea discreționară privind doar dreptul profesionistului de a modifica prețul, fără informarea cuantumului cu care se modifică prețul, acesta depinzând de circumstanțe necunoscute la momentul contractării, are caracter abuziv. În acest sens este și Decizia nr. 686 din 21 februarie 2013 a ÎCCJ care a statuat că: „scopul perceperii acestui comision este neclar, terminologia folosită nefiind descrisă în cuprinsul condițiilor generale ale contractelor încheiate de părâtă, pentru ca împrumutații să fie în deplină cunoștință de cauză cu privire la motivele pentru care sunt percepute aceste sume cu titlu de comision de risc. De asemenea, nici instanța nu poate aprecia cu privire la legalitatea acestei clauze, din moment ce motivația perceperii acestor comisioane nu este detaliată nici în cuprinsul condițiilor speciale, nici în cel al condițiilor generale ale contractelor analizate”¹⁰⁴.

Interpretarea din exemplul de mai sus, indicat de Înalta Curte de Casație și Justiție, face aplicarea legii de transpunere a Directivei 93/13/CEE, legiuitorul român implementând „lista gri”¹⁰⁵ a clauzelor prezumate a fi abuzive, cu titlu exemplificativ. „Lista gri” a Legii nr. 193/2000, în mare măsură, reia clauzele indicate în Anexa Directivei 93/13/CEE, nefiind preluate excepțiile din art. 2 față de pct. (g), (j) și (l) din Anexa Directivei 93/13/CEE, prevăzute în domeniul bancar, domeniul valutar și acolo unde prețul este susceptibil de fluctuații.

Neloialitatea clauzei se apreciază, potrivit art. 4 din Directiva 93/13/CEE, „*la momentul încheierii contractului*” și „*la toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului*”, incluzând natura bunurilor sau a serviciilor furnizate. Clauzele relative la definirea obiectului contractului sau la caracterul adecvat al prețului sau al remunerației sunt exceptate controlului dacă sunt exprimate în mod clar și inteligibil¹⁰⁶.

În vederea executării dispozițiilor introduse, art. 6 din Directiva 93/13/CEE stabilește că clauzele neconforme cu cerința echității sunt inopozabile consumatorului, respectiv „nu creează obligații pentru consumator”. Pe lângă sancțiunea ineficacității clauzelor, directiva impune Statelor Membre, potrivit art. 7, să introducă „mijloace adecvate și eficiente pentru a preveni utilizarea în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii de către vânzători sau furnizori”.

2.3. Cerința transparenței este inclusă în dreptul european al consumului în vederea menținerii concurenței în cadrul Uniunii, iar vânzătorii și furnizorii sunt ținuți de obligația de informare cu privire la produse sau standarde.

Directiva introduce în art. 3-5 **conceptul de loialitate** ce conține „*un element de formă și unul de fond*”. Conceptul de loialitate este în corelație cu **principiul transparenței contractuale** formulat în art. 5¹⁰⁷, pe care legislațiile naționale ale

¹⁰⁴ D. Sabou, *Contractul de adeziune*, Teză de doctorat în curs de publicare, p. 230.

¹⁰⁵ B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris, 2001, p. 331, *apud* D. Sabou, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰⁶ P. Nebbia, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁰⁷ Art. 5 din Directiva 93/13/CEE prevede: „În cazul contractelor în care toate clauzele sau o parte a acestora sunt prezentate consumatorului în scris, acestea trebuie întotdeauna redactate

Statelor Membre trebuie să-l includă, având ca punct de referință clarificarea dată de CJUE¹⁰⁸ în sensul că vânzătorul sau furnizorul are obligația ca *de la început* să asigure redactarea clauzelor într-un limbaj clar și inteligibil¹⁰⁹.

Doctrina juridică europeană apreciază că principiul transparenței este „o subcategorie a bunei-credințe prin prisma principiului încrederii legitime”¹¹⁰ și care are la bază *standardul*¹¹¹ clarității – vizând efectul legal al clauzei și consecințele sale și cel al inteligibilității – vizând lizibilitatea clauzelor. Practic, se urmărește neinducerea în eroare a consumatorului cu privire la drepturile și obligațiile sale¹¹².

În plus, CJUE a recunoscut explicit în cauza *Cofinoga*¹¹³ și *principiul transparenței concurențiale*, în sensul că informația trebuie procesată astfel încât consumatorul să compare situația juridică. CJUE înțelege prin principiul transparenței *obligația de a divulga informații relevante care să permită consumatorului să compare diferite contracte și să calculeze potențialul risc al unei creșteri de preț*¹¹⁴.

Din jurisprudența CJUE, respectiv hotărârea din cauza *Axa Royale Belge SA c. Georges Ochoa und Stratégie Finance SPRL*¹¹⁵, *principiul transparenței piețelor* nu a fost recunoscut în cadrul dreptului contractului de consum, rămânând un principiu al dreptului concurenței. Potrivit acestui principiu, consumatorul trebuie să fie informat în mod efectiv cu privire la prețuri și la performanțe, asigurându-se astfel concurența¹¹⁶.

În cadrul principiului general de transparență contractuală¹¹⁷ este inclusă și regula *contra proferentem*, prevăzută de art. 5 alin. (3) din directivă, în sensul că „în cazul în care există îndoieli cu privire la sensul unei clauze, prevalează interpretarea cea mai favorabilă pentru consumator”. CJUE o consideră o *parte substanțială a protecției consumatorilor*¹¹⁸, iar potrivit legislației engleze privind clauzele abuzive UCTA¹¹⁹, excluderea răspunderii contractuale este valabilă doar prin trimitere la o *clauză de exceptare univocă și clară*, în caz contrar este „inerent improbabil ca o parte într-un contract să aibă intenția de a o absolvi pe cealaltă parte de consecințele proprii sale neglijențe”¹²⁰. Regula *contra proferentem*

într-un limbaj clar și inteligibil. În cazul în care există îndoieli cu privire la sensul unei clauze, prevalează interpretarea cea mai favorabilă pentru consumator. Această normă de interpretare nu se aplică în contextul procedurilor prevăzute la art. 7 alin. (2)”.

¹⁰⁸ CJUE, C-144, *Commission c. Netherlands* [2001] ECR I-3541.

¹⁰⁹ CJUE, C-144, *Commission c. Netherlands* [2001] ECR I-3541.

¹¹⁰ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 142-143, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ CJUE, C-264/02, *Cofinoga Merignac SA v Sylvain Sachithanathan* [2004] ECR I-2157.

¹¹⁴ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 142-143, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹¹⁵ CJUE, C-386/00, hotărârea din 5 martie 2002, ECR I-2209 menționată în H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 144.

¹¹⁶ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, pp. 142-145, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹¹⁷ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁸ H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 148, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

Vezi în acest sens CJUE, C-70/03, *Commission v Spain* [2004] ECR I-7999.

¹¹⁹ Unfair Contract Terms Act 1977 (prescurtat UCTA).

¹²⁰ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 52.

vizează acțiunile individuale, fiind exceptate acțiunile asociațiilor de protecție a consumatorilor în sensul art. 7 alin. (2) din directivă. În legislația noastră, regula *contra proferentem* a fost transpusă prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori¹²¹, potrivit art. 1 alin. (2): „în caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului”.

3. Doctrina juridică europeană consideră că „dezvoltarea politicii consumului ca și politică independentă a avut loc treptat pe măsura intensificării integrării, deși această autonomie a rămas în mod constant precară”¹²². Competența UE în domeniul consumului a crescut treptat odată cu „armonizarea legislației și modificarea competenței de legiferare în favoarea UE prin reducerea puterii Statelor Membre”¹²³, în prezent protecția consumatorilor la nivelul Uniunii este o politică autonomă, a cărei competență se desprinde din interpretarea art. 169 alin. (1) TFUE¹²⁴.

Adoptarea Directivei 93/13/CEE¹²⁵ sub forma formulei armonizării minime a însemnat totodată și re-reglementarea piețelor naționale față de legislațiile anterioare prin implementarea unui regim uniform și a urmărit apropierea legislațiilor Statelor Membre în domeniul clauzelor contractuale. Deși terminologia conceptelor legale ale dreptului Comunitar este una proprie, implementarea Directivei 93/13/CEE nu a reușit o uniformizare a legislațiilor naționale, diferențele menținându-se ca urmare a particularităților legislațiilor naționale din dreptul contractelor, a implementărilor diferite și a interpretărilor instanțelor naționale.

Doctrina juridică europeană¹²⁶, analizând jurisprudența CJUE cu privire la *scopul și efectele* Directivei 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii a observat că interpretarea CJUE a extins limitele privind efectele directivei vizând aspecte din domeniul contractelor și al procedurii de judecată, producând consecințe legale și economice în cadrul Pieței Interne.

În plus, implementarea directivei în Statele Membre s-a materializat sub forma unui proces îndelungat, existând rezultate diferite datorită diferențelor legislative din reglementările naționale, reținând sesizarea Comisiei că în cadrul procesului executării centralizate, respectiv implementarea directivei, nu se resimt schimbări reale de fond și de procedură în legislațiile Statelor Membre¹²⁷. Iar rezultate mai eficiente și mai efective, dar mai lente, au fost obținute prin procesul de implementare descentralizat, respectiv prin interpretarea CJUE, în cadrul

¹²¹ Publicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012.

¹²² J. Stuyck, *CMLRev* 2000, p. 377, *apud* N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 10, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, *op. cit.*

¹²³ N. Reich, H.-W. Micklitz, *op. cit.*, p. 22, în N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, în *European Consumer Law*, 2nd ed., Ed. Intersentia, Portland, 2014.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ Publicată în JOUE JO C 73 din 24 martie 1992.

¹²⁶ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, în *Common Market Law Review* 51: 771-808, 2014, pp. 771-808.

¹²⁷ *Idem*.

procedurii întrebărilor preliminare adresate CJUE în temeiul art. 267 din Tratatul de Funcționare al Uniunii Europene¹²⁸, ex-art. 234 alin. (3) din Tratatul de instituire al Comunității Economice Europene¹²⁹.

În continuare, vom prezenta succint stadiul jurisprudenței CJUE prezentat în doctrina juridică europeană¹³⁰ referitoare la sesizarea din oficiu de către judecătorul național a clauzelor abuzive.

3.1. Importanța procedurii preliminare. Procesul de implementare descentralizat al Directivei 93/13/CEE a început cu cauzele *Océano*¹³¹ și *Cofidis*¹³².

În cauza *Océano* s-a ridicat problema dacă consumatorul trebuie să sesizeze instanța cu privire la caracterul abuziv al unei clauze, ori aceasta are obligația sau posibilitatea să se sesizeze *ex officio*. CJUE a confirmat posibilitatea ca instanța națională să se sesizeze *ex officio* având ca și considerente poziția inferioară a consumatorului mai puțin informat și cu mai puțină putere de negociere, în lipsa unei reglementări ce impunea solicitarea expresă a consumatorului. Cu toate acestea, CJUE nu a stabilit o *obligație* a instanței, rămânând întrebarea în ce circumstanțe Curtea trebuie să se sesizeze *ex officio* și care sunt limitele sale de apreciere¹³³.

Cauza *Cofidis* a pus problema incidenței dispozițiilor naționale ce reglementează prescripția față de aplicarea art. 6 din Directiva 93/13/CEE¹³⁴. S-a discutat dacă există un termen de prescripție pentru stabilirea acțiunilor privind caracterul abuziv al clauzelor sau acțiunea poate fi considerată imprescriptibilă. Concluzia la care s-a ajuns este că acțiunea este imprescriptibilă și poate fi formulată oricând motivat de interesul general pe care îl protejează. CJUE a adoptat susținerea Avocatului General Tizzano (în continuare A.G.), în sensul că o perioadă de excludere privind aplicarea dispozițiilor de constatare a caracterului abuziv este incompatibilă cu art. 6 din directivă, întrucât principiul securității raporturilor juridice trebuie interpretat în interesul consumatorului; iar această interpretare este posibilă doar în situația în care caracterul abuziv poate fi

¹²⁸ Publicat în JO C 326, 26 octombrie 2012

¹²⁹ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty ...op. cit.*, pp. 771-808.

Cu privire la distincția dintre executarea centralizată și cea descentralizată, vezi în Cafaggi and Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection The Interplay between Private and Public Enforcement* (Intersentia, 2009), în particular introducerea și concluziile editorilor..

¹³⁰ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

¹³¹ J. Styuck, CML Rev., 2001, p. 719 – comentariu cu privire la CJUE, C-240-244/98, *Océano al. Grup*

c. *Quintero et al*, [2000] ECR I-4941.

¹³² CJUE, C-473/00, *Cofidas c. J.-L. Frédout* [2002] ECR I-10875.

¹³³ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

¹³⁴ Art. 6 alin. (1): „ Statele membre stabilesc că clauzele abuzive utilizate într-un contract încheiat cu un consumator de către un vânzător sau un furnizor, în conformitate cu legislația internă, nu creează obligații pentru consumator, iar contractul continuă să angajeze părțile prin aceste clauze, în cazul în care poate continua să existe fără clauzele abuzive. ”

„(2) Statele membre iau măsurile necesare pentru a se asigura că consumatorul nu își pierde protecția acordată prin această directivă datorită alegerii legislației unui stat nemembru ca legislație aplicabilă contractului, în cazul în care acesta din urmă are o strânsă legătură cu teritoriul statelor membre.”

determinat fără restricții în timp; și a legat-o cu posibilele consecințe juridice ale art. 6 și art. 7¹³⁵ din directivă având în vedere cauza *Océano*, insistând pe faptul că protecția Directivei „... se extinde la cazurile în care consumatorul a încheiat cu un vânzător sau un furnizor un contract care conține o clauză abuzivă și nu reușește să constate natura abuzivă a clauzei, fie pentru că nu este conștient de drepturile sale sau pentru că este descurajat în acest demers de costurile pe care le-ar implica procedurile judiciare”¹³⁶.

Considerăm că din aceste spețe rezultă explicarea limitelor de aplicare a Directivei 93/13/CEE ce reprezintă un progres pentru aplicarea acesteia.

Cu toate acestea, ulterior, în mod surprinzător, CJUE a înțeles să nu mai explice limitele de aplicare ale conceptului de clauză abuzivă, lăsându-le în competența instanțelor naționale.

În cauza *Freiburger Kommunanbauten*, CJUE a susținut competența exclusivă a legislației naționale în *determinarea* conceptului de „clauză abuzivă” prevăzut în art. 3 din directivă, susținând interpretarea AG Geelhoed în sensul că: „jurisdicția Curții în interpretarea dreptului Comunitar, totuși, nu se extinde și la *interpretarea clauzelor contractuale* puse în discuție în fața instanțelor naționale. La urma urmelor, (...) aspectul respectiv nu implică o chestiune de drept Comunitar” (par. 26). Curtea este competentă să interpreteze „criterii generale folosite de legiuitorul Comunitar în temeiul art. 267 TFUE pentru a defini conceptul de clauză abuzivă”, *dar nu este competentă și cu privire la regulile de aplicare a criteriilor generale unei clauze particulare* (par. 21-22)¹³⁷.

Critica doctrinei juridice europene, în prima etapă a executării descentralizate, susține că interpretarea CJUE la momentul respectiv a fost mult prea sumară și că ar fi fost necesară o îndrumare mai detaliată în interpretarea directivei și a conceptului de „clauză abuzivă” față de criteriile „bunei-credințe” și a „dezechilibrului”, cu atât mai mult cu cât „legiuitorul UE a introdus un concept autonom independent de legislația Statelor Membre”. Conceptul de „clauză generală” este prea vag, iar pentru realizarea unui concept comun la nivelul Uniunii, funcția interpretativă a CJUE este foarte importantă¹³⁸. Mai mult decât atât, lămurirea semnificației conceptului „bunei-credințe” era necesară în condițiile în care acesta este absent în unele sisteme de drept, iar în cele care îl recunosc formal, conținutul său nu este identic¹³⁹. Au existat și critici contrare care au susținut că interpretarea „clauzei generale” prin prisma „bunei-credințe” și a „dezechilibrului semnificativ” era de competența legislațiilor naționale și nicidecum de competența UE¹⁴⁰.

¹³⁵ Art. 7 alin. (1): „Statele membre se asigură că, în interesul consumatorilor și al concurenților, există mijloace adecvate și eficiente pentru a preveni utilizarea în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii de către vânzătorii sau furnizorii.”

¹³⁶ CJUE, C-473/00, *Cofidas c. J.-L. Frédout* [2002] ECR I-10875, par. 34.

¹³⁷ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ É. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, pp. 274-282, *apud* E. Mihai, *Curs universitar nepublicat*, p. 110.

¹⁴⁰ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

3.2. CJUE, ulterior cauzei *Freiburger Kommunanbauten*, vizează o nouă orientare care pune în discuție clarificarea domeniului de aplicare a clauzelor abuzive din punct de vedere social și legal, pe care îl vom prezenta succint în continuare. Reorientarea CJUE este ilustrată în cauza *Pénzügij Lizing*¹⁴¹. Curtea susține opinia AG Trstenjak privind cooperarea dintre Curte și instanțele naționale cu privire la aspecte jurisdicționale și instituționale, și inclusiv deținerea unui rol mai activ de către CJUE în interpretarea clauzei generale din directivă. Curtea susține că ar trebui considerate abuzive clauzele care conferă competență instanței de la sediul vânzătorului, confirmând astfel cauza *Océano*, prin trimiterea la lista orientativă și lăsând puțin loc de apreciere instanțelor naționale¹⁴².

Iar în cauza *Pohotovost*¹⁴³, CJUE a precizat că noua abordare va afecta atât clauzele jurisdicționale, cât și problemele de fond, clarificând faptul că: „Curtea poate interpreta criteriile generale utilizate de legiuitorul UE cu scopul de a defini conceptul de clauze abuzive. Cu toate acestea, nu ar trebui să se pronunțe cu privire la aplicarea respectivelor criterii generale unei clauze particulare care trebuie să fie analizată în funcție de circumstanțele particulare din respectiva cauză” (par. 60)¹⁴⁴.

3.3. Noua orientare a CJUE față de „autonomia procedurală” apare în cauza *Pannon*¹⁴⁵ unde CJUE stabilește obligația instanțelor naționale de a examina *ex officio* caracterul abuziv al clauzelor în contractele B2C, mergând mai departe decât în cauza *Océano* unde abia a confirmat această posibilitate.

Curtea nu a trasat expres limitele obligației *ex officio*, particularitățile regăsindu-se pe parcursul evoluției jurisprudenței, astfel:

- în cauza *Pannon*, CJUE a stabilit că protecția nu poate fi oferită în contra voinței consumatorului, modalitate asimilată „procedurii contradictorialității” în fața instanței naționale¹⁴⁶, consumatorul având posibilitatea să se opună constatării caracterului abuziv al clauzei;

- în cauza *Banco de credito español*¹⁴⁷ CJUE a mers chiar mai departe, statuând că obligația *ex officio* se aplică chiar și în cadrul unei proceduri simplificate de recuperare a datoriei „chiar dacă are deja toate elementele de drept și de fapt necesare pentru respectiva procedură” (par. 53);

Această opinie este susținută de o serie de autori germani. Vezi mai multe cu privire la efectul legal limitat al directivei în temeiul art. 249 alin. (3) CE, în prezent art. 288 alin. (3) TFUE, în Roth, *Generalklauseln im Europäischen Privatrecht – Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung*, în *Festschrift Drobnyg*, Ed. Mohr, 1998, pp. 135 și 141.

¹⁴¹ CJUE, C-137/08, *VB Pénzügij Lizing Zrt. c. Ferenc Schneider*, [2010] ECR I-10847. Pentru comentarii suplimentare, vezi Roth, *European Review of Contract Law*, 2011, p. 425.

¹⁴² H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

¹⁴³ CJUE, C-76/10, *Pohotovost' s.r.o. c. Iveta Korčkovská*, [2010] ECR I-11557.

¹⁴⁴ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

¹⁴⁵ CJUE, C-243/08, *Pannon c. E. S.G.*, [2009] ECR I-4713, par. 32.

Vezi și comentariu J. Styuck, *CML Rev.*, 2010, p. 879; Cheneviere, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2010, p. 351; Ancery and Wissink, *E.R.P.L.*, 2010, p. 307.

¹⁴⁶ CJUE, C-472/11, *Banif Plus Bank*, [2013], par. 28 și 36.

¹⁴⁷ CJUE, C-618/10, *Banco español de credito c. Camino*, [2012].

- în cauza *Jörös*¹⁴⁸, CJUE a trasat limite corelând domeniul obligației *ex officio* cu condiția ca instanța națională să cunoască elementele de drept și de fapt necesare pentru cerința testului;

- în cauza *Mostaza Claro*¹⁴⁹, Curtea a mers din nou mai departe, stabilind că instanța națională trebuie să verifice valabilitatea unei clauze arbitrale, jurisdicția aparținând acesteia, și nu curții arbitrale pentru a stabili caracterul abuziv al clauzei.

- CJUE a stabilit și o excepție privind intervenția instanței în virtutea rolului activ pe motive de interes public¹⁵⁰.

Față de obligația *ex officio*, jurisprudența Curții leagă o serie de aspecte ce pun în discuție *principiul echivalenței, protecția efectivă* și efectele *erga omnes* în cadrul acțiunilor colective, respectiv:

În cauza *Asbeek*¹⁵¹ și în cauza *Asturcom*¹⁵², Curtea a folosit principiul „echivalenței” pentru a garanta o ultimă protecție consumatorului, față de faptul că respectivele cauze se aflau în căi de atac unde posibilitățile de apărare sunt limitate, în sensul că dacă legislația națională permite lărgirea cadrului procesual sau redeschiderea procesului pentru motive de politică publică, atunci în categoria „politicii de interes public” trebuie încadrate și apărările ce vizează protecția consumatorului.

În cauza *Aziz*¹⁵³ Curtea a subliniat că principiul efectivității depinde de particularitățile cauzei, fără a confirma un punct fix de reper, cauza vizând protecția debitorilor în fața creditorilor ipotecari, care, potrivit legislației naționale, nu puteau face opoziție la executare și obține suspendarea executării până la pronunțarea instanței asupra caracterului abuziv al clauzei. Curtea a afirmat că principiul efectivității trebuie să fie apreciat „în funcție de rolul dispoziției legale în cadrul procedurii, progresul și caracteristicile sale, văzute ca un întreg, în fața diverselor instanțe naționale” (par. 53).

¹⁴⁸ CJUE, C-397/11, *E. Jörös c. Aegon*.

¹⁴⁹ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

Vezi în acest sens și: CJUE, C-168/05, *E.M. Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium* [2009] ECR I-9579, par. 54-55; Vezi comentariu J. Stuyck, *CML Rev.*, 2010, p. 879; Schebasta, *Does the national court know European law*, in Micklitz Reich (eds.), *The impact of the internal market on the private law of member countries*, 22 EU Working Papers, 2009, p. 47; E.R.P.L., 2010, p. 847; Mak, *European Review of Contract Law*, 2010, p. 437; Ebers, *E.R.P.L.*, 2010, p. 823.

¹⁵⁰ *Idem*.

Vezi în acest sens, cu privire la politica privind politica consumului, în „contextul” cauzei *Van Schijndel*, adnotarea lui Jansen, *Duarte, Price reduction as a consumer sales remedy and the powers of the national courts*, în *Review*, pp. 975-992.

¹⁵¹ CJUE, C-488/11, *D.F. Asbeek Brusse et al c. Jahani*, [2013], par. 52.

¹⁵² H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

Vezi în acest sens: CJUE, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, [2009] ECR I-9579, par. 54-55; și comentariu Stuyck, *CML Rev.*, 2010, p. 879; Schebasta, *Does the national court know European law*, în H.-W. Micklitz and N. Reich, *The impact of the internal market on the private law of member countries*, 22, EU Working Papers 2009, p. 47; E.R.P.L. 2010, p. 847; Mak, *European Review of Contract Law*, 2010, p. 437; Ebers, *E.R.P.L.* 2010, p. 823.

¹⁵³ *Idem*.

Vezi în acest sens: CJUE, C-415/11, *Aziz c. Catalunyaixa*, [2013]. Vezi și H.-W. Micklitz, *Unfair contract terms – Public interest litigation before European courts Cause C-415/11 Mohamed Aziz*. Cu referință la CJUE, C-432/05, *Unibet c. Justiekanslern*, [2007] ECR I-2271, par. 77.

În cauza *Invitel*¹⁵⁴, Curtea a extins doctrina obligației *ex officio* și procedurilor colective, stabilind că instanțele naționale sunt obligate din oficiu și pe viitor să anihileze efectele legislației naționale în cadrul contractelor încheiate cu același furnizor, ca urmare a constatării caracterului abuziv al unei clauze, de exemplu din cadrul condițiilor generale, aceasta rămâne fără efecte (par. 43).

Față de analiza jurisprudenței Statelor Membre, doctrina juridică străină consideră că „*autonomia Statelor Membre este grav redusă*” cel puțin în domeniul *protecției consumatorului*¹⁵⁵, existând chiar și opinii care contestă existența vreunei autonomii procedurale a Statelor Membre. În schimb, este cert că prin anihilarea autonomiei procedurale, competențele de legiferare a Statelor Membre au fost limitate sub motivul protecționist al consumatorilor, iar Uniunea Europeană și-a extins competențele de legiferare¹⁵⁶.

În legislația națională exemplificăm felul în care clauzele abuzive au fost inserate în contractele de credit bancar. În situația dezechilibrului creat ca urmare a lipsei contraprestației specifice, există o delimitare între contraprestația băncii în cazul dobânzii și care o reprezintă acordarea creditării și situația comisioanelor unde este necesară existența unei *contraprestații specifice*¹⁵⁷ și care este diferită de alocarea împrumutului întrucât natura juridică reală a comisioanelor este diferită de cea a dobânzii¹⁵⁸. În practică este cunoscută sub denumirea de *dobândă mascată*¹⁵⁹ situația în care consumatorului i se prezintă o dobândă rezonabilă, dar care este mărită prin aplicare procentului de comisioane în lipsa unei contraprestații specifice a băncii și care dovedește implicit lipsa bunei-credințe a băncii pentru a influența alegerea consumatorului¹⁶⁰.

În acest sens, instanța națională a statuat în sentința civilă nr. 3020/2013, Secția a VI-a civilă a Tribunalului București, că lipsa contraprestației specifice dovedește existența condiției de fond a caracterului abuziv al clauzei, respectiv existența dezechilibrului semnificativ. Totodată, Curtea de Apel București, Secția a V-a civilă, prin decizia nr. 457/2013 a statuat ca fiind incidentă nulitatea și din prisma lipsei cauzei contractuale potrivit dreptului comun, art. 1238 alin. (1) NCC¹⁶¹ reținând că: „un comision presupune un serviciu prestat, or profesionistul nu a prestat pentru

¹⁵⁴ CJUE, C-472/10, *Nemzeti FH. c. Invitel*, [2012]. Vezi comentariu: Reich and Micklitz, *AGB-Recht und UWG – (Endlich) eine Ende des Kastchendenkens?*, *Europaisches Wirtschafts- und Steuerrecht* (EWS), 2012, p. 257; Cafaggi and Law, *Unfair contract terms – Effect of collective proceedings*, în Terry and Colaert, *Landmark Cases of EU Consumer Law – in Honour of Jules Stuyck*, Ed. Intersentia, 2013, p. 653.

¹⁵⁵ H.-W. Micklitz, N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty:.... op. cit.*, pp. 771-808.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ Trib. Iași, S. civ., sent. civ. nr. 2937/2011, irevocabilă prin dec. nr. 1768/2013 a ÎCCJ, S. a II-a civ.

¹⁵⁸ L. Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive în contractele de credit*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 115.

¹⁵⁹ Jud. Sectorului 2 București, S. civ., sent. civ. nr. 18326/2012, modificată în recurs.

¹⁶⁰ L. Mihali-Viorescu, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶¹ Art. 1.238 alin. (1) NCC: „Lipsa cauzei atrage anulabilitatea contractului, cu excepția cazului în care contractul a fost greșit calificat și poate produce alte efecte juridice.”

comisionul în discuție niciun alt serviciu decât acordarea împrumutului pentru care a stabilit dobânda. Această disimulare este contrară bunei-credințe, pentru că inclusiv dobânda bancară este calculată, după cum afirmă chiar pârâta, în funcție de piața monetară, adică de riscurile economice ale contractului, dar și pentru că, din motive psihologice, poate contribui la îngreunarea înțelegerii valorii contractului de către consumator¹⁶². De asemenea, în jurisprudența ÎCCJ, Secția a II-a civ., prin dec. nr. 992/2014, s-a constatat caracterul abuziv al comisionului „de risc” ca urmare a lipsei unei obligații corelative: „atâta timp cât riscul contractului este acoperit prin constituirea unei garanții reale, ce poate fi suplimentată în anumite condiții reglementate prin contract, cât și prin încheierea unei polițe de asigurare cesionate în favoarea băncii, este evident că prin introducerea acestui comision, fără reglementarea unei obligații corelative, se creează un dezechilibru între contraprestațiile părților, contrar bunei-credințe, situație ce contravine caracterului sinalagmatic al convenției de credit¹⁶³”.

Cu toate acestea, față de lipsa unei dispoziții exprese în Directiva 93/13/CEE privind sesizarea din oficiu a instanței de judecată și care să fie implementată în legislația națională, potrivit spețelor din jurisprudența CJUE: *Océano, Pannon, Banco de credito español, Jöros, Mostaza Claro, Invitel* considerăm de lege ferenda ca fiind oportună și eficientă reglementarea expresă a obligației instanței naționale de a se sesiza din oficiu, în vederea constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale astfel încât să fie garantată protecția reală a consumatorului potrivit interpretării CJUE.

4. Considerații privind transpunerea Directivei 93/13/CEE în legislația națională română

După cum am menționat mai sus, în viziunea dreptului consumului European, Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive reglementează „legătura dintre protecția consumatorilor și piața internă”¹⁶⁴. Directiva 93/13/CEE impune Statelor Membre, în temeiul art. 7, să introducă „mijloace adecvate și eficiente pentru a preveni utilizarea în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii de către vânzători sau furnizori”.

Legislațiile naționale privind clauzele abuzive reglementează „protecția părții vulnerabile într-o tranzacție”¹⁶⁵. În structura dreptului consumului se află „principiul inegalității compensate”¹⁶⁶, adică „dreptul consumului restaurează egalitatea părților și instaurează echilibrul intern al contractului, recunoscând consumatorilor drepturi exorbitante în relațiile cu profesioniștii, precum: dreptul la o completă și loială informare precontractuală, dreptul la revocarea unilaterală a contractului sau dreptul la protecție față de clauzele abuzive”, doctrina juridică română considerând că „slăbiciunea economică a consumatorului este compensată astfel cu un

¹⁶² L. Mihali-Viorescu, *op. cit.*, p. 78.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 114.

¹⁶⁴ P. Nebbia, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ E. Mihai, *Class action și clauzele abuzive*, în RRDA, nr. 7/2013, pp. 30-40.

A se vedea și E. Mihai, *Lección de dreptul consumului*, Ed. Mirton, Timișoara, 2007, pp. 15 și 23.

ansamblu de privilegii juridice”¹⁶⁷. Inovative sunt remediile colective și preventive având ca obiectiv *consimțământul consumatorului* prin implementarea obligației de informare și acordarea timpului de reflecție; *înlăturarea dezechilibrelor semnificative* dintre obligațiile cocontractanților prin suprimarea clauzelor abuzive și *lărgirea răspunderii profesioniștilor* prin impunerea obligațiilor de conformitate și securitate¹⁶⁸.

4.1. Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii a fost transpusă în legislația națională română prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori¹⁶⁹.

Art. 4 din Legea nr. 193/2000 redă conținutul Directivei 93/13/CEE și prevede că

„o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor buneii-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților”.

Legea nr. 193/2000 folosește instrumente juridice proprii pentru refacerea echilibrului contractual, respectiv „ficțiunea inexistenței clauzei abuzive pentru consumator sau interpretarea *contra proferentem* a clauzei abuzive”¹⁷⁰.

Ineficacitatea clauzelor abuzive sancționează abuzul de dependență economică ce caracterizează raporturile economice unde „unul dintre parteneri, cel dominant, are existența sau supraviețuirea economică tributară relațiilor permanente, privilegiate sau exclusive, stabilite cu cocontractantul, partener privilegiat”¹⁷¹. Abuzul de dependență economică sancționează exercițiul puterii de fapt de natură economică în relațiile cu partenerii contractuali, spre deosebire de abuzul de drept care sancționează exercițiul unui drept subiectiv în particular¹⁷². Exploatarea abuzivă a unei stări de dependență economică se caracterizează prin absența libertății cocontractantului de a negocia clauzele contractuale și obligarea acestuia de a accepta clauzele stabilite de partenerul mai puternic¹⁷³.

¹⁶⁷ E. Mihail, *Class action ...*, în *op. cit.*, p. 30-40.

¹⁶⁸ F. Prip, *Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractelor de consum*, p. 118, în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

¹⁶⁹ Publicată în M. Of. nr. 560 din 10 noiembrie 2000.

¹⁷⁰ E. Mihai, *Principiul echilibrului contractual în noul Cod civil și în dreptul consumului*, în RRDA, nr. 3/2014, pp. 17-27.

¹⁷¹ G. Virassamy, *Les contrats de dependence*, LGDJ, Paris, 1986, n. 226, *apud* Ș. Diaconescu, *op. cit.*,

p. 105, în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, Paris, 1999, p. 77, *apud*

Ș. Diaconescu, *op. cit.*, p. 106, în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

4.2. Legea nr. 193/2000 vizează tipul contractelor de adeziune, respectiv contractele standard preformulate și condițiile generale de vânzare¹⁷⁴ încheiate între comercianți și consumatori în cadrul contractelor de vânzare de bunuri și prestare de servicii.

Sunt exceptate¹⁷⁵ domeniului de aplicare *clauzele contractuale prevăzute în temeiul altor acte normative în vigoare*. Implementarea Directivei 93/13/CEE nu este completă, iar față de dispozițiile acesteia, Legea nr. 193/2000 omite să reglementeze excepția de aplicare la clauzele contractuale care reflectă norme administrative obligatorii sau dispozițiile ori principiile din convențiile internaționale la care Statele Membre sau Comunitatea sunt părți, în special în domeniul transportului.

Contractul de adeziune are la bază contractul-tip prin care se stabilesc principalele reguli ale contractului și căruia pot să îi fie asimilate condițiile generale de vânzare care sunt clauzele abstracte ce sunt aplicabile contractelor care se încheie ulterior¹⁷⁶.

În cadrul contractului de adeziune vorbim de principiul libertății restrânse a consumatorului la contractare și al libertății nelimitate la denunțare, adică libertate restrânsă pentru a intra într-un raport contractual, dar libertate mai multă pentru a ieși din raportul contractual, având posibilitatea de a rezilia unilateral contractul în termen de 10 zile de la încheierea contractului¹⁷⁷. De asemenea, o altă caracteristică o reprezintă incidența principiului egalității „căutate” a voințelor părților contractante spre deosebire de incidența principiului egalității prezumate a părților, întâlnită în contractele negociate. Părțile sunt legate prin *affectio contractus* specific principiului fraternității contractuale unde este dorită colaborarea între părți la momentul formării contractului. Practic, principiile libertății contractuale sunt influențate de superioritatea economică și socială a stipulantului¹⁷⁸.

Altă caracteristică a contractului de adeziune o reprezintă raportul de dependență economică a aderentului față de stipulant, concept recunoscut în dreptul concurenței¹⁷⁹, caracterizat prin faptul că suntem în prezența unui contract cu executare succesivă și, în principiu, de adeziune; partenerul dominant realizează venturi și beneficii ca urmare a poziției sale¹⁸⁰; există o relație contractuală permanentă în sensul că activitatea partenerului dependent este

¹⁷⁴ Art. 4 alin. (2) din Legea nr. 193/2000.

¹⁷⁵ Art. 3 alin. (2) din Legea nr. 193/2000.

¹⁷⁶ A. Weill, Fr. Terré, *Droit civil. Les obligations*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 1986, p. 99 și urm., *apud* F. Prip, *op. cit.*, p. 118 și urm., în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

¹⁷⁷ L. Stănciulescu, *Necesitatea armonizării instituțiilor speciale ale contractului de consumație cu regulile generale*, CKS, București, 2010, pp. 82-83. Tot în acest sens vezi și D. Sabou, *Contractul de adeziune*, teză de doctorat în curs de publicare, p. 57.

¹⁷⁸ D. Sabou, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ G. Virassamy, *Les contrats de dependance*, LGDJ, Paris, 1986, *apud* D. Sabou, *op. cit.*, pp. 61-64.

realizată în funcție de respectivul contract¹⁸¹. Art. 6 lit. f) din Legea concurenței nr. 21/1996¹⁸² reglementează abuzul de poziție dominantă¹⁸³ unde profesionistul se comportă pe piață independent de acțiunile concurenților datorită puterii economice și a cotei de piață deținute pe piața relevantă pe care acționează, fără a permite o opțiune pentru ceilalți profesioniști¹⁸⁴.

Trăsăturile juridice ale contractului de adeziune sunt: standardizarea ofertei; rezultatul voinței unilaterale a stipulantului; lipsa de negociere a clauzelor contractuale; clauzele principale ale contractului ce fac referire la obiectul principal al acestuia. Cunoașterea acestora este importantă la momentul calificării contractului de către instanța de judecată ca fiind unul de adeziune, întrucât doar ulterior acestui moment judecătorul poate aplica regula *contra proferentem*, respectiv în caz de dubiu interpretarea contractului se face în beneficiul celui care se obligă¹⁸⁵.

Mijlocul de probă¹⁸⁶ poate să fie orice înscris care conține stipulări sau referiri la condițiile generale prestabilite, respectiv *bon de comandă*, *bon de livrare*, *bilete*, *tichete*, enumerarea din textul de lege fiind cu titlu exemplificativ.

Domeniul de aplicare *ratione personae* vizează persoana fizică sau grupul de persoane fizice constituite în asociații care încheie un contract în scop extraprofesional¹⁸⁷.

Respectând principiul armonizării minime în domeniul consumului, a fost implementată „lista gri” a clauzelor *presumate* a fi abuzive, indicate de art. 3 alin. (3) din Directiva 93/13/CEE cu titlu orientativ și neexhaustiv, instanțele naționale având competența de a constata *in concreto* și alte clauze abuzive în funcție de particularitățile contractului încheiat.

Implementarea Directivei 93/13/CEE este incompletă, în sensul că Legea nr. 193/2000 nu reglementează excepțiile prevăzute în domeniul bancar, domeniul valutar și acolo unde prețul este susceptibil de fluctuații, potrivit excepțiilor din art. 2 față de pct. (g), (j) și (l) din Anexa Directivei 93/13/CEE.

4.3. O acțiune în interesul consumatorilor o reprezintă modificarea¹⁸⁸ Legii nr. 193/200 și introducerea *acțiunilor colective*, numite după modelul american și *class*

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Publicată în M. Of. nr. 240 din 3 aprilie 2014.

¹⁸³ Potrivit art. 6 lit. f) din Legea concurenței nr. 21/1996: „Este interzisă folosirea în mod abuziv a unei poziții dominante deținute de către unul sau mai mulți agenți economici pe piața românească ori pe o parte substanțială a acesteia, prin recurgerea la fapte anticoncurențiale, care au ca obiect sau pot avea ca efect afectarea activității economice ori prejudicierea consumatorilor. Asemenea practici abuzive pot consta, în special, în: f) exploatarea stării de dependență în care se găsește un alt agent economic față de un asemenea agent sau agenți economici și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente, precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate.”

¹⁸⁴ D. Sabou, *op. cit.*, pp. 61-64.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 66-87.

¹⁸⁶ Art. 3 alin. (1) din Legea nr. 193/2000.

¹⁸⁷ Art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000.

¹⁸⁸ Modificată prin Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

action, specificate în art. 12 alin. (1)¹⁸⁹, art. 12 alin. (3)¹⁹⁰, art. 13 alin. (1)¹⁹¹. Acestea operează exclusiv în cazul contractelor de adeziune și pot fi promovate de ANPC sau de asociațiile pentru protecția consumatorilor, în lipsa unui sistem de publicitate a acțiunii și de mandatare de către consumatorii prejudiciați a celui care promovează acțiunea. Particularitatea hotărârii constă în faptul că dacă se constată existența clauzelor abuzive în contract, profesionistul este obligat să *modifice toate contractele de adeziune aflate în curs de executare și să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate*¹⁹².

Doctrina juridică română¹⁹³ în mod corect a sesizat că atât Legea nr. 193/2000, cât și Directiva 93/13/CEE nu conține nicio dispoziție legală care să oblige instanța de judecată să se sesizeze din oficiu. Apreciem că instanțele de judecată au obligația sesizării din oficiu în temeiul jurisprudenței CJUE¹⁹⁴ care a interpretat aplicarea Directivei 93/13/CEE și a recunoscut competența instanțelor naționale de a se sesiza *ex officio* în cauzele în care constată incidența clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii. Curtea a extins doctrina obligației *ex officio* în cadrul procedurilor colective¹⁹⁵, stabilind că instanțele naționale sunt obligate din oficiu și pe viitor să anihileze efectele legislației naționale în cadrul contractelor încheiate cu același furnizor, ca urmare a constării caracterului abuziv al unei clauze, de exemplu, din condițiile generale. Nesesizarea *din oficiu* a instanței de judecată aduce atingere dreptului consumatorilor și încălcă TFUE întrucât judecătorul național este prim judecător de drept european care aplică și interpretează dispozițiile TFUE și reglementările adoptate în temeiul Tratatului

¹⁸⁹ Art. 12 alin. (1): „În cazul în care constată utilizarea unor contracte de adeziune care conțin clauze abuzive, organele de control prevăzute la art. 8 vor sesiza tribunalul de la domiciliul sau, după caz, sediul profesionistului, solicitând obligarea acestuia să modifice contractele aflate în curs de executare, prin eliminarea clauzelor abuzive.”

¹⁹⁰ Art. 12 alin. (3): „Asociațiile pentru protecția consumatorului care îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 30 și 32 din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare, îl pot chema în judecată pe profesionistul care utilizează contracte de adeziune care conțin clauze abuzive, la instanța prevăzută la alin. (1), pentru ca aceasta să dispună încetarea folosirii acestora, precum și modificarea contractelor aflate în curs de executare, prin eliminarea clauzelor abuzive. Dispozițiile art. 13 alin. (1) și (4) sunt aplicabile.”

¹⁹¹ Art. 13 alin. (1): „Instanța, în cazul în care constată existența clauzelor abuzive în contract, obligă profesionistul să modifice toate contractele de adeziune în curs de executare, precum și să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activității profesionale.”

¹⁹² E. Mihai, *Class action ...*, op. cit., pp. 30-40.

¹⁹³ F. Prip, op. cit., p. 148, în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

¹⁹⁴ CJUE, C-243/08, *Pannon c. E. S.G.*, [2009] ECR I-4713, par. 32; CJUE, C-472/11, *Banif Plus Bank*, [2013] par. 28 și 36; CJUE, C-618/10, *Banco español de credito c. Camino*, [2012]; CJUE, C-397/11, *E. Jörös c. Aegon*; CJUE, C-168/05, *E.M. Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium* [2009] ECR I-9579, par. 54-55; CJUE, C-488/11, *D.F. Asbeek Brusse et al c. Jahani*, [2013], par. 52; CJUE, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, [2009] ECR I-9579, par. 54-55; CJUE, C-415/11, *Aziz c. Catalunyaixa*, [2013].

¹⁹⁵ CJUE, C-472/10, *Nemzeti FH. c. Invitel*, [2012].

potrivit principiului aplicării directe a dreptului comunitar¹⁹⁶. În acest context, lipsa nereglementării exprese în Directiva 93/13/CEE și în Legea nr. 13/2000 a obligației instanței de judecată de a se sesiza *din oficiu* este suplinită de interpretarea CJUE. Lărgirea competenței de legiferare a UE în domeniul consumului are ca scop apărarea intereselor consumatorilor și este benefică beneficiarului final al Pieței Interne, în fața pasivității instanțelor naționale de a le proteja interesele economice.

4.4. Sub dispozițiile Codului civil anterior, în vederea reechilibrării raporturilor contractuale și reîntăririi principiului autonomiei de voință¹⁹⁷, precum și cel al forței obligatorii a contractului¹⁹⁸ a fost subliniată în doctrina juridică română¹⁹⁹ necesitatea aplicării dreptului comun situațiilor de dependență economică, punându-se în discuție posibilitatea invocării violenței ca și viciu de consimțământ, respectiv a violenței morale cunoscută sub denumirea de violență economică în literatura franceză și sancționată cu nulitatea relativă a contractului, respectiv a clauzelor care îl dezechilibrează. Datorită existenței disproporțiilor între prestații ca și rezultat al modalității în care a fost încheiat contractul, a fost susținut și argumentul invocării leziunii. Reglementarea leziunii în doctrina franceză²⁰⁰ sancționează dezechilibrul creat prin exploatarea slăbiciunii cocontractantului.

5. Concluzii

Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive urmărește reintroducerea echității contractuale și estomparea asimetriei puterii economice între părțile contractante. Față de rațiunile pieței interne privind producția și distribuția, relația dintre „protecția consumatorului și piața internă” a vizat armonizarea minimă a legislațiilor Statelor Membre și menținerea legislațiilor naționale. Implementarea directivei și efectele acesteia au fost diferite și au continuat fragmentarea pieței datorită diferențelor legislative naționale din domeniul contractului. Inițial, interpretarea CJUE a fost criticată pe motiv că este prea sumară în determinarea noilor concepte autonome introduse: *clauze abuzive*, *buna-credință* și *dezechilibru contractual*. Ulterior, interpretarea CJUE a fost criticată pe motiv că anihilează autonomia procedurală a Statelor Membre care a fost limitată.

Curtea a stabilit în sarcina instanțelor naționale obligația de a se sesiza *ex officio* cu privire la incidența caracterului abuziv al unei clauze. Limitele obligației *ex*

¹⁹⁶ Vezi, în acest sens, R. Bercea, *Principii de drept comunitar*, Ed. Universității de Vest, Timișoara, 2006, pp. 149-153.

¹⁹⁷ Vezi în acest sens: R. Motica, E. Lupan, *Teoria generală a obligațiilor civile*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, pp. 28-74; R. Motica, *Drept civil român, Părți alese.*, Ed. Alma Mater, Series Jurisprudentia, Timișoara, 1994, pp. 140-145; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II. Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 37-57; I. Adam, *Drept civil. Obligațiile. Contractul*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 314-337.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ Ș. Diaconescu, *op. cit.*, p. 108, în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

²⁰⁰ J.P. Chazai, *La contrainte économique: violence ou lesion?*, în «Le Dalloz» nr. 43/2000, pp. 879-882, *apud* Ș. Diaconescu, *op. cit.*, p. 111, în P. Vasilescu, *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, 2006.

officio au fost trasate pe parcursul dezvoltării jurisprudenței, Curtea stabilind: ca în virtutea rolului activ, instanța națională să pună în discuție consumatorului posibilitatea acestui demers, fiind condiționată de voința consumatorului; că este incidentă sesizarea *ex officio* în cadrul procedurii simplificate de recuperare a datoriei unde cadrul procesual conține toate elementele de drept și de fapt; că instanța națională este condiționată în vederea sesizării *ex officio* de cunoașterea tuturor elementelor de fapt și de drept necesare testului; că instanța națională trebuie să verifice *ex officio* valabilitatea unei clauze arbitrale, competența aparținând instanței de judecată în aplicarea testului, și nu curții arbitrale; că motivele de interes public fac excepție sesizării *ex officio*.

Fără a invoca direct doctrina obligației *ex officio*, Curtea a invocat principiul echivalenței și a inclus în categoria „politicilor de interes public” apărările ce vizează protecția consumatorului motivat de posibilitățile reduse existente în căile de atac. În plus, principiul efectivității trebuie apreciat de instanța națională în funcție de rolul dispoziției legale în cadrul procedurii, de progresul și caracteristicile sale văzute ca un întreg. În cadrul acțiunilor colective, este recunoscut efectul *erga omnes* al ineficienței clauzei din contractul încheiat de mai mulți consumatori cu același furnizor.

Evoluția jurisprudenței CJUE reprezintă o imixtiune în autonomia procedurală a Statelor Membre, iar implementarea descentralizată este mai puternică decât implementarea centralizată a directivei. Față de susținerile care contestă autonomia procedurală a Statelor Membre, jurisprudența Curții depășește cadrul Directivei 93/13/CEE. Pe de altă parte, autonomia Statelor Membre este redusă, iar Uniunea își mărește competențele în domeniul dreptului consumului prin interpretarea jurisprudențială a CJUE.

Văzută din perspectiva legislației naționale, respectiv a Legii nr. 193/2000 de implementare a Directivei 93/13/CEE, apreciem interpretarea CJUE oportună și necesară. Observăm că, deși, în temeiul art. 7 al directivei, Statele Membre trebuie să asigure mijloace adecvate și eficiente pentru a preveni utilizarea clauzelor abuzive, legiuitorul nu face nicio referire privind obligarea sesizării din oficiu a instanței. Or, în lipsa invocării nulității clauzei de către consumator pe calea acțiunii directe sau pe cale de excepție, protecția acestuia este eludată. Mai mult decât atât, judecătorul național, în calitate de prim judecător european, este garantul respectării și aplicării TFUE și a reglementărilor adoptate în temeiul acestuia. Apreciem, *de lege ferenda*, ca fiind oportună și necesară precizarea expresă în cuprinsul dispozițiilor naționale, atât în legea specială, cât și în dreptul comun, obligația sesizării din oficiu a instanței de judecată cu privire la constatarea nulității clauzelor abuzive din contractele încheiate cu consumatorii în orice stadiu procesual.

3.

Considerații privind criteriile de alegere a diverselor regimuri matrimoniale

Drd. Anca Doriană MUNTEAN*
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The regulation of a new legal framework regarding property issues between spouses marks an important step in what is called family relationships. We consider that the legislator interference in this field represents a real support for all married couples, both on peaceful times of their matrimony but also when they are crossing tough times, liable to injure their personal relationships. Therefore, before they take other drastic measures such as divorce due to property issues, spouses have the right to try to adjust their matrimonial regime, a right which is materialized by the fact that they have the legal right to sign a prenuptial agreement.

By this study we wish to reveal which are those decisive factors in choosing one matrimonial regime or another in order to govern the property relationships of spouses, but also which are the main characteristics of all matrimonial regimes regulated by romanian legislation.

Keywords: matrimonial regime, family influence, professional activity, prenuptial agreement, option

Rezumat

Reglementarea unui nou cadru legal cu privire la problematica raporturilor patrimoniale dintre soți marchează un pas important în ceea ce privește relațiile de familie. Apreciem că inițiativa legiuitorului român în acest sens reprezintă un real sprijin pentru toate cuplurile căsătorite, atât în perioadele de pace conjugală, cât și atunci când soții trec prin momente mai dificile, care pot vătăma grav relațiile lor personale nepatrimoniale. Astfel că, înainte ca aceștia să apeleze la soluții mai drastice, cum este, de exemplu, desfacerea căsătoriei datorită unor probleme de natură patrimonială, soții pot încerca să clarifice aceste aspecte prin adaptarea regimului matrimonial,

* anca.muntean10@e-uvvt.ro

posibilitate concretizată prin dreptul recunoscut de legiuitor celor doi soți de a încheia o convenție matrimonială.

În cuprinsul studiului de față dorim să surprindem care sunt criteriile avute în vedere de către viitorii soți sau de către soți în alegerea regimului matrimonial care urmează a governa raporturile lor patrimoniale, dar și care sunt principalele caracteristici ale fiecărui regim matrimonial în parte, reglementat în țara noastră.

Cuvinte-cheie: *regim matrimonial, influența familiei, activitate profesională, convenție matrimonială, opțiune*

Până de curând, în legislația țării noastre, persoanele care se căsătoreau nu aveau posibilitatea de a dispune cum doresc să-și organizeze viața de familie sub aspect patrimonial, întrucât nu exista o reglementare legală în acest sens, fiind recunoscut de legiuitor un singur regim matrimonial legal. Potrivit art. 30 C. fam., singurul regim matrimonial legal era cel al comunității de bunuri, potrivit căruia toate bunurile dobândite de către cei doi soți sub durată căsătoriei erau bunuri comune de la data dobândirii lor, fiind lovită de nulitate absolută orice convenție contrară a soților în acest sens, instituindu-se chiar și o prezumție de comunitate în acest sens, în alin. (3) al aceluiași articol din Codul familiei.

Regimul juridic al raporturilor patrimoniale dintre soți înainte de intrarea în vigoare a Codului familiei, era reglementat de Codul civil de la 1864 într-o manieră diferită¹, fiind consacrat un regim matrimonial legal de tip separatist, soții având totodată posibilitatea de a încheia o convenție matrimonială, potrivit art. 1223 VCC, care, pentru a fi valabilă, era necesar să fi fost încheiată înainte de căsătorie², în forma și condițiile prevăzute de lege, din reglementările legale în discuție reieșind faptul că regimul matrimonial aplicabil căsătoriei putea fi stabilit numai anterior momentului încheierii acesteia.

În țara noastră, după intrarea în vigoare a Codului Civil 2009, începând cu data de 1 octombrie 2011, tuturor persoanelor căsătorite (chiar și anterior acestui moment, potrivit art. 27 din Legea nr. 71/2011³ de punere în aplicare a Legii nr. 287/2009⁴ privind Codul civil) le este recunoscut dreptul de a alege regimul matrimonial care urmează a le governa căsătoria. Prin urmare, alegerea unui alt regim matrimonial decât cel al comunității legale de bunuri, care reprezintă regimul matrimonial legal în țara noastră, se face prin încheierea unei convenții matrimoniale, conform dispozițiilor art. 329 C. civ. Din acest articol se desprinde ideea că, ori de câte ori persoanele care urmează a se căsători nu încheie anterior

¹ P. Vasilescu, *Tradiția irosită: regimurile matrimoniale din vechiul Cod Civil*, preluat de pe site-ul Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj – <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=525>.

² Potrivit art. 1228 din vechiul Cod civil de la 1864, „convențiunile matrimoniale voru fi făcute prin tribunalu, mai înainte de celebrarea căsătoriei, după formele stabilite în Codicele de procedură, sub pedepse nulitate.”

³ Publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

acestui moment o convenție matrimonială prin care să aleagă un alt regim matrimonial decât comunitatea legală, li se va aplica acest regim matrimonial prin efectul legii, atâta timp cât nu intervine o convenție contrară în acest sens după încheierea căsătoriei.

Potrivit actualei reglementări în materie, soții au posibilitatea de a alege unul dintre următoarele regimuri matrimoniale: comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională (art. 312 C. civ.).

Un aspect extrem de important în acest sens este faptul că soții nu sunt ținuți de un singur regim matrimonial pe întreaga durată a căsătoriei, ci au posibilitatea de a face demersurile necesare în sensul modificării sau schimbării acestuia, atunci când consideră că dispozițiile care reglementează un alt regim matrimonial s-ar plia mai bine pe relațiile dintre ei, cu respectarea condițiilor impuse de lege. Astfel, potrivit art. 369 C. civ., după cel puțin un an de la încheierea căsătoriei, soții pot, ori de câte ori doresc, să înlocuiască regimul matrimonial existent cu un alt regim matrimonial ori să îl modifice, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege pentru încheierea convențiilor matrimoniale⁵.

Toate aceste modificări legislative în materia relațiilor de familie se datorează transformării suferite de întregul circuit civil de-a lungul timpului. Acest lucru poate fi pus pe seama procesului de globalizare, care, dincolo de implicațiile politice pe care le are în vedere, a dat naștere și unor diverse tipologii umane, care se caracterizează prin trăsături specifice distincte, influențate de diverși factori sociali, economici, morali sau religioși și care trăiesc și se dezvoltă în societate ca titulari de drepturi și obligații. În cadrul statelor membre ale Uniunii Europene se urmărește armonizarea legislațiilor naționale cu cea europeană, astfel încât să fie înlăturate discrepanțele majore dintre normele de drept prevăzute în actele normative ale acestor state. Putem spune că fenomenul este unul extrem de complex, fiind necesar totodată ca acest proces să aibă în vedere și numeroasele tratate ratificate de România⁶, astfel încât să nu apară norme de drept conflictuale.

Din punct de vedere al efectelor pe care le produce încheierea căsătoriei sub aspect patrimonial, la nivel mondial se poate observa faptul că în legislația a numeroase state există reglementată posibilitatea soților de a alege acel regim matrimonial care să fie în deplină rezonanță cu modul lor de viață, drept de opțiune care este însă limitat de viziunea legiuitorului, în sensul că aceștia nu pot alege decât unul dintre acele regimuri matrimoniale care sunt reglementate de legea aplicabilă căsătoriei.

⁵ Aceasta trebuie încheiată în formă autentică notarială, cu consimțământul tuturor părților, exprimat personal sau prin mandatar cu procură autentică, specială și cu conținut predeterminat. Totodată, aceasta este supusă formelor de publicitate prevăzute de art. 334 C. civ.

⁶ Convenția privind consimțământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie și înregistrarea căsătoriilor, adoptată de Adunarea Generală a ONU la data de 7 noiembrie 1962, ratificată de România prin Legea nr. 116/1992, publicată în M. Of. nr. 330 din 24 decembrie 1992; Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale, adoptat de Adunarea Generală a Națiunilor Unite în 1966, ratificat de România în anul 1974, prin Decretul nr. 212/1974, publicat în B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974; Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată de România prin Legea nr. 30/1994, publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994 etc.

Chiar și așa, oricât de galopant ar fi procesul de globalizare în ceea ce privește alte aspecte ale societății și oricât de mare ar fi impactul unui astfel de demers, acesta nu poate anihila caracterul unic al fiecărei persoane în parte, caracter care îl determină să facă anumite alegeri, apreciate ca fiind cele mai potrivite în ceea ce îl privește, raportat la anumite situații de fapt. Spre exemplu, în ceea ce privește căsătoria, este posibil ca un cuplu să aprecieze faptul că regimul comunității legale de bunuri este cel care se potrivește cel mai bine relațiilor dintre ei la un anumit moment dat, însă după o anumită perioadă de timp, când se schimbă situația de fapt inițială și unul dintre soți manifestă un caracter neglijent, care pune în pericol grav interesele familiei, aceștia pot opta pentru un regim de separație de bunuri, ceea ce le conferă o minimă stabilitate din punct de vedere economic.

Tot astfel stau lucrurile și atunci când persoanele care se căsătoresc aleg căruia regim matrimonial decid să se supună pe durata căsătoriei. Astfel, apare următoarea întrebare: *care sunt aspectele care pot influența soții în alegerea unui anumit regim matrimonial?* Desigur, răspunsul nu poate fi unul general valabil, însă se pot identifica anumite „criterii” avute în vedere de către cei implicați atunci când trebuie să ia o decizie în acest sens.

În demersul conturării unui răspuns la această întrebare, este important să subliniem faptul că, în cele mai multe cazuri, soții au posibilitatea de a alege între două categorii de regimuri matrimoniale, respectiv regimuri matrimoniale de tip comunitar sau regimuri matrimoniale de tip separatist. Fiind vorba despre norme juridice cu caracter dispozitiv, dreptul de a alege un anumit regim matrimonial se poate perfecta, potrivit legii, numai prin încheierea unei convenții matrimoniale, ceea ce conduce la interesul legiuitorului față de acele cupluri care nu încheie o astfel de convenție, aspect care a impus reglementarea unui regim matrimonial legal, ținând cont și de faptul că între căsătorie și regimul matrimonial aplicabil acesteia există o relație de interdependență, în sensul că nu există nicio căsătorie care să nu fie guvernată de regulile specifice unui anumit regim matrimonial, dar nici un regim matrimonial care să existe în afara căsătoriei.

Din acest punct de vedere, în legislația țării noastre, regimul matrimonial legal este cel al comunității legale de bunuri, reglementat în cuprinsul art. 339-359 C. civ., apreciat de legiuitor ca fiind cel care oglindește cel mai bine unul dintre principiile directoare ale căsătoriei, respectiv cel al egalității dintre femei și bărbați, fiind considerată cea mai echitabilă⁷ alegere în acest sens, având în vedere însăși comunitatea de viață și de decizie pe care o presupune instituția căsătoriei.

Așadar, opțiunea soților în ceea ce privește regimul matrimonial este limitată, în sensul că aceștia pot alege să se supună regulilor care reglementează regimul matrimonial legal, sau pot opta pentru regimurile matrimoniale convenționale, fie că este vorba despre un regim de tip comunitar, fie de un regim de tip separatist.

În practică, putem remarca faptul că există atât persoane care au cunoștință despre existența dreptului de a alege ca relațiile lor patrimoniale să fie guvernate de regulile unui anumit regim matrimonial, fiind vorba, desigur, despre unul dintre acele regimuri matrimoniale recunoscute de lege, pe de o parte, iar pe de altă

⁷ A.R. Motica, *Regimurile matrimoniale în diverse sisteme de drept*, Ed. Universității de Vest, Timișoara, 2012, p. 80.

parte, faptul că există persoane care, la momentul încheierii căsătoriei sau care sunt deja căsătorite, nu au cunoștință despre acest drept arbitrar de a dispune, ori, chiar dacă au cunoștință despre acest lucru, nu cunosc efectele pe care o astfel de decizie le poate avea în ceea ce privește viața lor de familie, motiv pentru care urmează „tradiția” și nu fac niciun demers în acest sens, regimul matrimonial al comunității legale de bunuri fiind cel care, așa cum am precizat, va fi cel care va governa relațiile patrimoniale ale acestora, prin puterea legii, ca efect al încheierii căsătoriei și datorită faptului că nu există o convenție matrimonială derogatorie de la aceste dispoziții.

Indiferent din ce categorie fac parte cuplurile care se căsătoresc, legiuitorul român recunoaște acestora dreptul de a-și adapta regimul matrimonial pe parcursul întregii căsătorii, atunci când consideră că normele de drept care reglementează un alt regim matrimonial îi poate avantaja, singura limită în acest sens, așa cum am observat, fiind instituită de art. 369 C. civ.

Aceasta fiind soluția legiuitorului în materie, este important să facem o analiză a factorilor care influențează cuplurile care urmează să se căsătorească, sau chiar și pe cele care sunt deja căsătorite, să aleagă un anumit regim matrimonial, respectiv să-l modifice sau să-l schimbe pe cel existent. În acest sens, atât doctrina franceză⁸, cât și cea română⁹ identifică anumite aspecte care pot determina cuplurile să ia o astfel de decizie cu privire la raporturile lor nepatrimoniale.

Trebuie subliniat faptul că aceste direcții surprinse de doctrină, chiar dacă enunță expres anumite situații, iar pe altele le generalizează, în ansamblul lor, acestea acoperă întreaga sferă a vieții de familie, atât sub aspect nepatrimonial, cât și sub aspect patrimonial. Putem identifica astfel faptul că, la momentul alegerii unui regim matrimonial, soții au în vedere unul dintre următoarele aspecte, sau chiar pe toate la un loc, atunci când alegerea unui anumit regim matrimonial se face anterior încheierii căsătoriei:

- situația personală nepatrimonială a viitorilor soți;
- situația personală patrimonială a viitorilor soți.

Atunci când ne raportăm la aceste situații în care se află unul dintre viitorii soți sau chiar ambii, doctrina a remarcat faptul că aceștia pot fi determinați să aleagă un anumit regim matrimonial de

- influența manifestată de familiile acestora,
- experiența dobândită dintr-o căsătorie anterioară,
- diferența semnificativă dintre patrimoniile celor doi viitori soți sau
- activitatea profesională a acestora.

Influența familiei, deși pare a fi un element care și-a pierdut din relevanță în această materie de-a lungul vremii și în contextul actual al desfășurării relațiilor interumane, acesta capătă noi valențe în materia căsătoriei, mai subtile sau mai pronunțate, în funcție de situație și de temperamentul persoanelor implicate¹⁰. Rolul acestuia se conturează în situațiile în care unul dintre soți aparține unei familii în care tradiția ocupă rolul central și care influențează toate aspectele vieții de

⁸ A. Lamboley, M.H. Laurent-Lamboley, *Droit des regimes matrimoniaux*, ed. a II-a, Ed. Litec, Paris, 2000, p. 78 și urm.

⁹ A.R. Motica, *op. cit.*, pp. 81-84.

¹⁰ *Ibidem*, p. 82.

familie, fie că este vorba despre aspectul nepatrimonial, cum este spre exemplu oficierea unei anumite ceremonii religioase care diferă de la un cult la altul, și care, potrivit art. 259 alin. (3) C. civ., urmează a fi oficiată numai după încheierea căsătoriei civile, fie atunci când apar în discuții aspecte de natură patrimonială, cum este transmiterea din generație în generație a unor bunuri aparținând familiei unuia dintre soți.

Acest criteriu are un impact puternic asupra cuplurilor în care există și o *diferență semnificativă între patrimoniile celor doi viitori soți*, cu precădere atunci când se urmărește transmiterea averii familiei¹¹ către moștenitori. Este conturat astfel un fenomen complex, care înglobează deopotrivă atât elemente patrimoniale, cât și nepatrimoniale, justificate de legăturile de filiație dintre anumite persoane, dar și de asigurarea unui confort economic care ar putea fi zdruncinat în caz de criză conjugală pentru care singura soluție se întrevede a fi divorțul.

În astfel de situații, se procedează de cele mai multe ori la încheierea unei convenții matrimoniale în vederea alegerii unui regim matrimonial de tip separatist. În țara noastră, regimul separației de bunuri este reglementat de art. 360-365 C. civ. Specificul acestui regim este acela că, pe toată durata căsătoriei, fiecare dintre soți este proprietar exclusiv în privința bunurilor dobândite înainte de încheierea căsătoriei, precum și a celor pe care le dobândește în nume propriu după această dată, conform art. 360 C. civ. Prin urmare, putem observa faptul că acesta nu presupune existența unei mase patrimoniale comune¹² a celor doi soți, ceea ce este în avantajul celor care urmăresc să imprime un caracter independent relațiilor lor patrimoniale, întrucât facilitează gestiunea bunurilor și raporturile juridice care se pot naște între soți și terțele persoane. Avantajul unui astfel de regim matrimonial constă în faptul că fiecare dintre soți poate face orice fel de acte având ca obiect bunurile sale proprii, fără a avea nevoie de consimțământul celuilalt soț în acest sens. Trebuie precizat faptul că această libertate a soților este limitată de dispozițiile regimului primar imperativ în ceea ce privește locuința familiei și obligația de a contribui, în raport cu mijloacele fiecăruia, la cheltuielile căsătoriei.

Cu toate acestea, și regimul separației de bunuri poate ridica unele probleme din punct de vedere juridic, cu precădere în ceea ce privește dovada bunurilor celor doi soți. Datorită operațiunilor de carte funciară care trebuie efectuate cu privire la bunurile imobile, dovada acestora este mult mai ușor de făcut decât în cazul unor bunuri mobile. Astfel că, în ceea ce privește această din urmă categorie de bunuri, este indicat a se întocmi un inventar de către notarul public care să cuprindă bunurile proprii ale fiecăruia dintre soți, fără a avea relevanță modul în care acestea au fost dobândite de către soți. Atunci când se impune, notarul public poate proceda și la întocmirea unui inventar privind bunurile dobândite de către cei doi soți în timpul regimului separației de bunuri [art. 361 alin. (1) și (2) C. civ.]. În toate cazurile, pentru opozabilitate față de terți, inventarul se anexează la convenția matrimonială, supunându-se aceluiași formalități de publicitate ca și convenția matrimonială. În lipsa unui astfel de inventar legiuitorul a instituit în cuprinsul art. 361 alin. (4) C. civ. o prezumție relativă de proprietate, în sensul că

¹¹ A.R. Motica, *op. cit.*, p. 82.

¹² M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 333.

proprietatea asupra unui bun mobil este prezumată a aparține soțului posesor, dovada contrară putând fi făcută cu orice mijloc de probă. De reținut este faptul că regulile regimului matrimonial al separației de bunuri nu se află în contradicție cu proprietatea comună pe cote-părți, soții având posibilitatea de a dobândi astfel bunuri și împreună, potrivit art. 362 C. civ., bunuri care vor fi supuse dispozițiilor art. 634-645 C. civ. privind coproprietatea obișnuită.

Caracterul independent al separației de bunuri se răsfrânge și asupra veniturilor din muncă obținute de fiecare dintre soți cu titlu de salarii sau asimilate acestora, spre deosebire de regimul comunității legale de bunuri în cazul căruia veniturile din muncă, sumele de bani convenite cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale și altele asemenea, precum și veniturile convenite în temeiul unui drept de proprietate intelectuală sunt bunuri comune, indiferent de data dobândirii lor, însă numai în cazul în care creanța privind încasarea lor devine scadentă în timpul comunității, potrivit art. 341 C. civ.

Spre deosebire de celelalte regimuri matrimoniale, regimul separației de bunuri presupune totodată și un proces de lichidare mult mai simplu, întrucât nu există o suprapunere cu privire la patrimoniile celor doi soți, în sens larg. Cu toate acestea, soții trăiesc și se gospodăresc împreună, fapt care generează inevitabil o întrepătrundere de natură patrimonială, care va face obiectul actului de lichidare a acestui regim matrimonial, aplicându-se regulile de drept comun în materia îmbogățirii fără justă cauză, partaj, compensație¹³.

Despre acest regim matrimonial, în literatura de specialitate franceză s-a spus că este preferat de către persoanele egoiste și care dispun de o avere considerabilă, având în vedere faptul că, în caz de divorț, acestea urmăresc păstrarea unui echilibru economic și minimizarea pierderilor¹⁴.

La polul opus unor astfel de situații, au fost observate și situații în care influența familiei este cea care determină viitorii soți, crescuți în același spirit în care au fost crescuți și părinții acestora, să aleagă un anumit regim matrimonial, astfel că la momentul întemeierii propriei lor familii, aceștia vor acționa și vor adopta o atitudine similară cu cea a părinților lor, datorită preceptelor transmise de la o generație la alta. Prin urmare, dacă părinții au fost căsătoriți sub regimul matrimonial al comunității legale de bunuri, este foarte posibil ca și copiii lor să opteze pentru un astfel de regim matrimonial. Aceste cupluri, de cele mai multe ori, împărtășesc concepte ridicate la rang de principiu în ceea ce privește căsătoria, și anume egalitatea dintre cei doi soți.

De esență acestui regim matrimonial este faptul că toate bunurile dobândite de oricare dintre soți sub durată căsătoriei sunt bunuri comune în devălmășie ale acestora, potrivit art. 339 C. civ., cu excepția celor expres și limitativ prevăzute de lege în art. 340 C. civ.¹⁵, ceea ce înseamnă că dreptul de proprietate asupra lor aparține ambilor

¹³ *Ibidem*, p. 339.

¹⁴ A. Lamboley, M.H. Laurent-Lamboley, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵ Potrivit art. 340 C. civ., nu sunt bunuri comune, ci bunuri proprii ale fiecărui soț: a) bunurile dobândite prin moștenire legală, legat sau donație, cu excepția cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune; b) bunurile de uz personal; c) bunurile destinate

soți, fără ca vreunul dintre ei să fie titularul unei cote-părți determinate din dreptul de proprietate asupra bunurilor comune dobândite sub durata acestui regim matrimonial. Cu toate acestea, legiuitorul nu obligă soții să rămână coproprietari devălmași pe toată durata existenței regimului matrimonial, sens în care a reglementat în art. 358 C. civ. posibilitatea acestora de a le partaja în timpul comunității, fără ca regimul matrimonial să înceteze, urmând ca acesta să guverneze în continuare relațiile patrimoniale dintre soți, aspect expres reglementat de art. 358 alin. (4) C. civ. Prin urmare, soții pot opta fie pentru partajarea tuturor bunurilor lor comune, fie numai pentru un anumit bun, urmând ca după efectuarea partajului în timpul comunității, bunurile atribuite fiecărui soț să devină bunuri proprii, iar bunurile neîmpărțite fiind în continuare bunuri comune.

Sub aspect probatoriu, potrivit art. 343 C. civ., calitatea de bun comun nu trebuie să fie dovedită. Dovada că un bun este propriu se poate face între soți prin orice mijloc de probă, iar în cazul bunurilor dobândite prin moștenire legală, legat sau donație (care sunt, potrivit legii, bunuri proprii ale soțului gratificat) dovada se face în condițiile legii, respectiv prin certificatul de moștenitor, certificatul de legatar sau contractul de donație. Pentru bunurile mobile dobândite de către soți anterior încheierii căsătoriei, se întocmește un inventar de către notarul public sau, dacă părțile convin astfel, le pot menționa în cuprinsul unui înscris sub semnătură privată, în lipsa inventarului, prezumându-se, până la proba contrară, că bunurile sunt comune.

Atenția legiuitorului s-a îndreptat și asupra situației în care creditorii personali ai unuia dintre soți nu reușesc să-și îndeplinească creanțele prin urmărirea bunurilor soțului debitor. În această situație, art. 353 C. civ. stipulează faptul că bunurile comune nu pot fi urmărite de creditorii personali ai unuia dintre soți, însă după urmărirea bunurilor proprii ale soțului debitor, creditorul său personal poate cere partajul bunurilor comune, numai în măsura necesară pentru acoperirea creanței sale, iar bunurile astfel împărțite devin bunuri proprii. Rațiunea reglementării este aceea de a pune la adăpost soțul inocent, nevinovat de acțiunile soțului care pune în pericol grav interesele familiei prin asumarea unor obligații excesive. Importanța acestor dispoziții legale capătă noi dimensiuni și își dovedește utilitatea mai ales în cazul familiilor cu copii minori, legiuitorul încercând prin aceste norme să diminueze impactul negativ al actelor prin care unul dintre soți s-a obligat în mod excesiv, aducând atingere comunității legale de bunuri și echilibrului familiei.

Spre deosebire de regimul matrimonial al separației de bunuri care, așa cum am putut observa, implică independență din punct de vedere al gestiunii bunurilor dobândite de către cei doi soți sub durata acestui regim matrimonial, în cadrul comunității legale de bunuri legiuitorul a instituit mecanismul gestiunii paralele cu

exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri; d) drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creațiilor sale și asupra semnelor distinctive pe care le-a înregistrat; e) bunurile dobândite cu titlu de premiu sau recompensă, manuscrisele științifice sau literare, schițele și proiectele artistice, proiectele de invenții și alte asemenea bunuri; f) indemnizația de asigurare și despăgubirile pentru orice prejudiciu material sau moral adus unuia dintre soți; g) bunurile, sumele de bani sau orice valori care înlocuiesc un bun propriu, precum și bunul dobândit în schimbul acestora; h) fructele bunurilor proprii.

privire la anumite acte juridice având ca obiect bunurile comune ale soților. Astfel, potrivit art. 345 C. civ., fiecare soț are dreptul de a *folosi* bunul comun fără consimțământul expres al celuilalt soț, însă *schimbarea destinației* bunului comun nu se poate face decât prin acordul soților. De asemenea, fiecare soț poate încheia singur *acte de conservare, acte de administrare* cu privire la oricare dintre bunurile comune, precum și *acte de dobândire a bunurilor comune*.

Atunci când vine vorba despre *acte de înstrăinare sau de grevare cu drepturi reale* cu privire la bunurile comune ale soților, mecanismul gestiunii paralele este înlocuit de mecanismul cogestiunii, care presupune ca încheierea unor astfel de acte să se realizeze numai cu acordul ambilor soți [art. 346 alin. (1) C. civ.]. Chiar și așa, oricare dintre soți va putea dispune singur, cu titlu oneros, de bunurile mobile comune¹⁶ a căror înstrăinare nu este supusă, potrivit legii, anumitor formalități de publicitate, în temeiul art. 346 alin. (2) C. civ. Acest aspect reprezintă, pe de o parte, un dezavantaj al regimului matrimonial al comunității legale de bunuri, întrucât îngreunează circuitul civil prin instituirea dublului consimțământ al soților cu privire la actele de dispoziție având ca obiect bunurile comune ale soților, iar pe de altă parte, prin intermediul acestui mecanism legiuitorul asigură familiei o minimă protecție pentru acele situații care pot perturba echilibrul acesteia.

Fie că soții aleg să înlocuiască acest regim matrimonial cu un altul, fie că aceștia decid să pună capăt căsătoriei, trebuie efectuată lichidarea comunității legale de bunuri¹⁷, moment în care se determină cota-parte ce revine fiecărui soț, pe baza contribuției sale atât la dobândirea bunurilor comune, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune, până la proba contrară fiind prezumat faptul că soții au avut o contribuție egală¹⁸.

Am putut observa faptul că, atât în ceea ce privește regimul comunității legale de bunuri, cât și cel al separației de bunuri, *influența familiei* în alegerea unuia sau a altuia dintre aceste regimuri a avut ca fundament ideea de *protecție*, chiar dacă a vizat valori diferite, respectiv economice și sociale în cadrul unui regim de tip separatist și morale sau tradiționale în cadrul regimului comunității legale de bunuri. Chiar și așa, astfel de situații reprezintă doar exemple marginale, ele oglindind perfect situația patrimonială a soților la un anumit moment dat, fără a exclude posibilitatea ca un astfel de regim matrimonial să funcționeze perfect pe durata întregii căsătorii a acestora. Însă, atunci când echilibrul vieții de familie este întrerupt de un anumit eveniment, legea oferă soților posibilitatea de a-și adapta

¹⁶ Cu toate acestea, în măsura în care interesele sale legate de comunitatea de bunuri au fost prejudiciate printr-un act juridic, soțul care nu a participat la încheierea actului nu poate pretinde decât daune-interese de la celălalt soț, fără a fi afectate drepturile dobândite de terți de bună-credință, conform art. 346 alin. (2) teza a II-a C. civ.

¹⁷ Aceasta, potrivit art. 320 C. civ., se poate face prin bună-învoială sau, în caz de neînțelegere, pe cale judiciară. Hotărârea judecătorească definitivă sau, după caz, înscrisul întocmit în formă autentică notarială constituie act de lichidare.

¹⁸ Soții răspund totuși în mod solidar pentru obligațiile asumate de oricare dintre ei pentru acoperirea cheltuielilor obișnuite ale căsătoriei și a celor legate de creșterea și educarea copiilor, potrivit art. 357 alin. (3) C. civ.

regimul matrimonial astfel încât familia, în ansamblul ei, să aibă un suport legal în demersul său de redresare, după traversarea unei crize conjugale. Prin acest lucru legiuitorul Codului Civil din 2009 a contribuit semnificativ la evitarea unei rupturi definitive în viața celor doi soți și a celorlalți membri ai familiei lor.

Dincolo de influența manifestată de familia fiecăruia dintre soți în alegerea unui regim matrimonial, se remarcă un alt element care poate influența decizia soților în acest sens. Astfel că, atunci când se încheie o căsătorie între persoane care au mai fost anterior căsătorite, sau când numai una dintre ele s-a aflat într-o astfel de situație iar cealaltă nu¹⁹, trebuie să avem în vedere impactul pe care îl are, la nivel psihologic, desfacerea unei căsătorii, indiferent care a fost motivul care a stat la baza unei astfel de decizii. În funcție de cum a fost afectată de procesul de divorț, persoana care dorește să intre într-o nouă căsătorie după această experiență, poate fi determinată să încheie o convenție matrimonială, prin care să reglementeze în mod concret toate aspectele patrimoniale ale noii căsătorii.

În astfel de situații, dacă persoanele în cauză au fost căsătorite sub regimul comunității legale de bunuri iar procedura divorțului s-a desfășurat prin bună-înțelegere, nu este exclus ca la momentul încheierii celei de-a doua căsătorii să aleagă tot acest regim matrimonial. Pe de altă parte însă, în cazul în care procedura divorțului a avut un impact negativ asupra lor, aceste persoane optează fie pentru regimul comunității convenționale de bunuri, fie pentru un regim de tip separatist, aspect care este influențat, așa cum am precizat, de *experiența căsătoriei anterioare*.

Atunci când aleg regimul matrimonial al comunității convenționale de bunuri, soții au posibilitatea, în funcție de ceea ce așteaptă de la noua căsătorie pe care o încheie, să opteze pentru un regim de comunitate mai restrânsă sau mai extinsă decât cea legală, ceea ce înseamnă că ei vor putea alege de comun acord restrângerea comunității la bunurile anume determinate în convenția matrimonială, indiferent dacă sunt dobândite ori, după caz, născute înainte sau în timpul căsătoriei, cu excepția obligațiilor asumate de oricare dintre soți pentru acoperirea cheltuielilor obișnuite ale căsătoriei. Totodată, potrivit art. 367 C. civ., aceștia au și dreptul de a include în comunitate unele bunuri proprii dobândite înainte sau după încheierea căsătoriei, cu excepția bunurilor de uz personal și a celor destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri.

Printre clauzele pe care soții le stipulează în cuprinsul convenției matrimoniale prin care aleg un astfel de regim matrimonial se poate regăsi și clauza de preciput, în temeiul căreia soțul supraviețuitor preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate,

potrivit art. 333 C. civ. Un aspect important al acestei clauze este acela că ea nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducțiunii, în condițiile legii, urmând a fi executată în natură sau, dacă acest lucru nu este posibil, prin echivalent. Aceasta nu poate aduce nicio atingere dreptului creditorilor comuni de a urmări, chiar

¹⁹ A.R. Motica, *op. cit.*, p. 83.

înainte de încetarea comunității, bunurile ce fac obiectul clauzei. Caducitatea acesteia intervine atunci când comunitatea încetează în timpul vieții soților, când aceștia au decedat în același timp sau când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni.

Caracterul dispozitiv al normelor care reglementează acest regim matrimonial de tip convențional oferă posibilitatea soților de a stipula în mod concret care va fi modul în care urmează a fi lichidat acesta, datorită unor evenimente care se produc exclusiv din voința soților și care îi determină să procedeze la schimbarea regimului matrimonial, sau atunci când relațiile dintre ei sunt atât de grav vătămate încât singura soluție este divorțul, ori datorită unor evenimente independente de voința soților, cum este încetarea căsătoriei, respectiv a regimului matrimonial. Cu privire la veniturile din muncă și cele asimilate acestora, respectiv sumele cuvenite cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale ori cele cuvenite în temeiul unui drept de proprietate intelectuală vor fi comune sau proprii în funcție de întinderea regimului de comunitate convențională concret aplicabil. Astfel, atunci când suntem în prezența unui regim matrimonial de comunitate restrânsă, așa cum acesta este reglementat de art. 367 lit. b) C. civ, respectiv în situația în care în convenția matrimonială sunt enumerate bunurile sau datoriile care vor face parte din comunitate, veniturile din muncă este evident că nu pot face parte din comunitate, întrucât, în caz contrar, prin subrogație toate bunurile dobândite din aceste venituri ar fi bunuri comune, aspect care ar face lipsită de efecte juridice convenția matrimonială, soților de fapt aplicându-li-se un regim asemănător regimului legal.

În cazul în care suntem în prezența unui regim de comunitate convențională extinsă, veniturile din muncă nu pot fi decât comune, întrucât acest regim de comunitate nu face altceva decât să includă în masa bunurilor comune, pe lângă bunurile care sunt comune în regimul de comunitate legală și alte categorii de bunuri care în regimul legal sunt exceptate ca fiind bunuri proprii.

Oricât de solide ar fi relațiile nepatrimoniale dintre soți, există întotdeauna riscul ca aceștia să întâmpine anumite dificultăți în plan patrimonial, în situația în care unul dintre soți, sau chiar amândoi, exercită o profesie care presupune anumite riscuri²⁰. Astfel, este foarte posibil ca viitorii soți sau persoanele căsătorite sub un alt regim matrimonial decât cel al separației de bunuri, să facă demersurile necesare în vederea alegerii lui, atunci când *activitatea profesională* a acestora este în măsură să afecteze grav interesele familiei. După cum am putut observa, în astfel de situații, regimurile matrimoniale de tip separatist, datorită independenței patrimoniale a soților le oferă acestora rezervele necesare pentru soluționarea unor situații de criză. Regimul separației de bunuri este adesea alegerea cuplurilor căsătorite care exercită profesii liberale precum cea de medic, avocat, notar, profesionist etc.

Concluzii

Oricât de departe am încerca să ajungem cu exemplificarea factorilor care determină soții să aleagă un anumit regim matrimonial, trebuie să admitem faptul

²⁰ *Ibidem*, p. 84.

că acestea țin de liberul arbitru al fiecărui individ în parte. Totuși, pornind de la cele câteva criterii identificate în doctrina de specialitate, nu putem să nu remarcăm faptul că, sub o formă sau alta, toate gravitează în jurul influenței familiei, aceasta reușind să le aducă la un numitor comun pe toate celelalte, datorită finalității lor, și anume crearea unui cadru ideal de desfășurare a relațiilor de familie, atât sub aspect nepatrimonial, cât și patrimonial.

4. Unele considerații critice asupra Avizului 2/13 al Curții de Justiție a Uniunii Europene

Andrei DRĂGAN
Student Master
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

This article aims to analyze the doctrine that resulted as a reaction to the arrival of Opinion 2/13 from the European Court of Justice, by which it considered that the European Union cannot accede to the system established by the European Convention on Human Rights. The prospect of a limitation to its own interpretative monopoly on European law, as well as the fear that the autonomy and the specificity of the European Union system would be irreversibly affected through accession, at least as it was envisioned in the Draft Accession Agreement, determined the „Supreme Court of the European Union” to reject another proposal for accession. Of course, the opinion sparked a new series of debates on the main reasons for rejection, and doctrine soon appeared on this topic. Through this article, I would like to relay some of the most controversial points contained by the opinion, doctrinal views referring to them, as well as my own comments.

Keywords: *European Union; European Convention on Human Rights; accession; Opinion 2/13; autonomy; Protocol No. 16; mutual trust; Melloni; asylum; Bosphorus; solange*

Rezumat

Articolul de față își propune să analizeze doctrina ce a rezultat ca reacție la apariția Avizului 2/13 al Curții de Justiție a Uniunii Europene, prin care aceasta a considerat că Uniunea Europeană nu poate adera la sistemul Convenției europene a drepturilor omului. Prospectul unei limitări a propriului său monopol interpretativ asupra dreptului european, precum și teama că autonomia și specificul sistemului unional ar fi afectate în mod ireversibil prin aderare, cel puțin așa cum a fost ea imaginată în cadrul Proiectului de Acord,

au determinat „Curtea Supremă a Uniunii Europene” să respingă încă o propunere de aderare. Evident, avizul a aprins o nouă serie de dezbateri pe motivele principale ale respingerii, iar doctrina nu a întârziat să apară. Prin acest articol, am dori să transpunem câteva dintre cele mai controversate puncte conținute de aviz, opiniile critice ale doctrinei referitoare la acestea, precum și propriile noastre comentarii.

Cuvinte-cheie: Uniunea Europeană; Convenția europeană a drepturilor omului; aderare; Avizul 2/13; autonomie; Protocolul nr. 16; încrederea reciprocă; Melloni; azil; Bosphorus; Solange

1. Introducere

Sarcina protejării drepturilor omului revine sistemului judiciar și presupune controlul acțiunii guvernamentale¹. În cadrul Uniunii Europene, protecția drepturilor fundamentale ale omului se prezintă sub o formă expansivă, ceea ce implică un control jurisdicțional atât al executivului, cât și al legislativului. Uniunea, conform art. 2 din Tratatul privind Uniunea Europeană, „se întemeiază pe valorile respectării demnității umane, libertății, democrației, egalității, statului de drept, precum și pe respectarea drepturilor omului”.

În prezent, există trei izvoare ale drepturilor fundamentale ale omului în cadrul ordinii juridice unionale. În primul rând (cronologic vorbind), Uniunea s-a inspirat din tradițiile constituționale ale statelor membre, apoi dintr-un catalog scris și bine definit – *Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale* (denumită în continuare „Convenția”). În final, aceste două cataloage externe – unul nescris și unul scris – au fost completate de primul catalog intern scris – *Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene* (denumită în continuare „Carta”).

Art. 6 din Tratatul privind Uniunea Europeană menționează aceste trei izvoare² și stabilește și obligația Uniunii de a adera la sistemul Convenției. Obligația, deși adresată expres Uniunii Europene, privește, bineînțeles, și statele membre, care sunt, până la urmă, afectate de existența a două sisteme paralele de protejare a drepturilor fundamentale ale omului, în special în cazurile, deja notorii, în care nu au putut să își ducă la împlinire propriile lor obligații față de unul dintre sisteme,

¹ M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill, 1971), apud R. Schütze, *Dreptul constituțional al Uniunii Europene*, Ed. Universitară, București, 2012, p. 407.

² „(1) Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene din 7 decembrie 2000, așa cum a fost adaptată la 12 decembrie 2007, la Strasbourg, care are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor. [...]”

(2) Uniunea aderă la *Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale*. Competențele Uniunii, astfel cum sunt definite în tratate, nu sunt modificate de această aderare.

(3) Drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii”.

fără să fie trase la răspundere în cadrul celui alt sistem. Cu alte cuvinte, îndeplinirea obligațiilor asumate față de un sistem producea o încălcare a obligațiilor asumate față de celălalt.

Dezideratul a fost, în principal, legat de siguranța juridică ce ar fi fost dobândită odată cu uniformizarea practicilor celor două curți, precum și de posibilitatea de a trage la răspundere însăși Uniunea Europeană pentru încălcări aduse Convenției.

Transformarea Convenției într-un instrument obligatoriu pentru Uniune a fost dintotdeauna o idee atractivă, chiar dacă avem în vedere faptul că Uniunea Europeană are deja un catalog scris propriu de drepturi fundamentale (Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene). Totuși, acest catalog intern nu are aceeași „magnitudine” ca și Convenția³, mai ales dacă sunt luate în considerare experiența, vădit mai mare, a Curții de la Strasbourg în rezolvarea litigiilor în această arie, precum și valoroasa și extensivă sa jurisprudență. Convenția nu este, *per se*, un instrument mai valoros decât Carta, însă în lumina doctrinei „instrumentului viu”, promovată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, dispozițiile din Convenție își schimbă înțelesul în funcție de condițiile sociale actuale. Așadar, la fel de importante ca dispozițiile Convenției sunt și interpretările Curții Europene, prin jurisprudența sa. Dorința finală a statelor membre, dar și a Parlamentului, Consiliului și Comisiei, a fost transpunerea întregului pachet global oferit de sistemul Convenției, nu doar a dispozițiilor din Convenția propriu-zisă. S-a dorit inclusiv supunerea actelor Uniunii scrutinului unei curți care nu face parte din sistemul comunitar/unional și care ar putea fi mai puțin părtinitoare.

Astfel, cu două ocazii, în anii 1979 și 1986, Comisia a sugerat aderarea la sistemul Convenției, însă fără rezultate⁴. Până la urmă, în 1990, tot la propunerea acesteia⁵, Consiliul a decis că ar trebui să supună problema aderării Curții de Justiție, pentru a se pronunța asupra acesteia. Rezultatul a fost Avizul 2/94, în care Curtea subliniază că Uniunea nu deține competențele necesare aderării⁶.

³ Acesta, precum și posibilul conflict dintre Convenție și eventuala listă comunitară de drepturi fundamentale, explică neincluderea unui set de drepturi fundamentale în textele tratatelor comunitare inițiale – pentru detalii, a se vedea R. Bercea, *Drept comunitar. Principii*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 136.

⁴ A se vedea Comisia, „*Aderarea Comunităților Europene la Convenția Europeană a Drepturilor Omului*”, 1979; „*Comunicare privind aderarea Comunității la Convenția Europeană a drepturilor omului și la unele dintre protocoalele sale*”, alin. (1), 1986, *apud* S.Ø. Johansen, *The European Union's Accession to the ECHR as seen from Strasbourg*, apărut în University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series, nr. 2012-29, pp. 26-27.

⁵ A se vedea Comisia, „*Comunicare privind aderarea Comunității la Convenția Europeană a drepturilor omului și la unele dintre protocoalele sale*”, 1990, *apud* S.Ø. Johansen, *op. cit.*, p. 27.

⁶ Atunci, Curtea a fost întrebată dacă Comunitatea Europeană poate adera la Convenție, însă răspunsul Curții a fost un „nu” răsunător. Ce-i drept, în momentul solicitării Avizului, nu exista niciun proiect de acord. În plus, Curtea de Justiție a stabilit că nicio dispoziție din Tratat nu conferă instituțiilor comunitare vreo putere generală de a legifera în domeniul drepturilor fundamentale ale omului sau de a încheia convenții internaționale în acest domeniu.

În acest sens, în absența unei puteri explicite sau implicite în acest sens, Curtea a căutat dacă art. 235⁷ din Tratatul de instituire Comunitatea Europeană poate constitui o bază legală pentru aderare⁸, însă, în final, a ajuns la concluzia că, deși respectarea drepturilor fundamentale ale omului reprezintă o condiție de legalitate pentru actele Comunității, aderarea la Convenție ar fi implicat o schimbare substanțială în ceea ce privește starea de atunci a sistemului comunitar, căci ar fi presupus aderarea la o ordine instituțională internațională distinctă. Aceasta ar fi impus integrarea proviziilor Convenției în contextul juridic al Comunității, o modificare de o semnificație constituțională ce depășește scopul art. 235. În concluzie, aderarea trebuia făcută prin intermediul unui tratat modificator⁹.

Totuși, spre deosebire de contextul în care a fost emis Avizul 2/94, în prezent a existat un proiect de aderare, iar Uniunea a fost abilitată expres să adere la Convenție. Cu toate că până și președinții celor două curți (Curtea de Justiție a Uniunii Europene și Curtea Europeană a Drepturilor Omului) au concluzionat că aderarea va fi un pas major în protejarea drepturilor fundamentale ale omului și că sunt disponibili să continue un dialog pe o chestiune considerată de aceștia ca fiind de o importanță majoră pentru calitatea și coerența jurisprudenței europene în această zonă¹⁰, Curtea de Justiție a căutat și a găsit suficiente nereguli și probleme neclarificate pentru a desființa Proiectul Acordului de Aderare. În opinia noastră, dar și a altor autori citați în acest articol, considerăm că unele dintre aceste „probleme” fie ar fi fost soluționate sau clarificate post-aderare, prin amendări succesive, fie nu existau deloc. În cele ce urmează, vom trece la comentarea câtorva argumente din aviz, pe care le considerăm cele mai controversate, precum și prezentarea unor elemente conexe care pun avizul în context.

2. Conflictul dintre instituția trimiterii preliminare și avizul consultativ prevăzut de Protocolul Adițional nr. 16 la Convenție

Unul dintre argumentele Curții privește procedura avizului consultativ¹¹, prevăzută în Protocolul nr. 16 la Convenție, care, în opinia acesteia, cu toate că Uniunea nu ar adera la el, ar constitui un risc de eludare a procedurii de trimitere preliminară prevăzută la art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, „cheia de boltă” a sistemului jurisdicțional instituit de tratate. Cu alte cuvinte, Curtea consideră că nu există nicio prevedere expresă în proiectul de acord, potrivit căreia se asigură proeminența trimiterii preliminare¹², iar statele membre ar putea fi tentate să trimită cereri pentru avize consultative Curții Europene a Drepturilor Omului pentru

⁷ „În cazul în care, în cursul funcționării pieței comune, o acțiune a Comunității apare ca necesară pentru realizarea unuia dintre obiectivele Comunității, fără ca prezentul tratat să fi prevăzut atribuțiile de a acționa necesare în acest scop, Consiliul, hotărând în unanimitate la propunerea Comisiei și după consultarea Adunării, adoptă dispozițiile corespunzătoare.”

⁸ A se vedea Avizul 2/94, par. 28.

⁹ *Ibidem*, par. 34-35.

¹⁰ A se vedea *Joint communication from Presidents Costa and Skouris*, 24 ianuarie 2011, disponibil la http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf.

¹¹ A se vedea Avizul 2/13, par. 196-200.

¹² *Ibidem*, par. 199.

probleme de interpretare a Convenției, care ar fi devenit parte integrantă a dreptului european și, deci, ar fi fost supus monopolului interpretativ al Curții de Justiție. Problema se pune mai ales în cazul în care o curte națională a unui stat membru ar face uz de această procedură nouă pentru interpretarea unor drepturi care se regăsesc și în Cartă.

Așadar, în opinia Curții, după aderare, existența unei proceduri paralele celei instituite de art. 267 ar fi putut reprezenta o problemă reală, statele membre putând prefera să trimită întrebări Curții Europene. Dar, din moment ce, după aderare, Convenția ar fi devenit parte integrantă a dreptului european și, deci, chiar drept unional, Curtea de Justiție ar fi trebuit să aibă puterea să decidă asupra interpretării dreptului european, inclusiv asupra dreptului Convenției ca drept european¹³. Deși s-ar crede că un tribunal național ar pune o întrebare legată de partea *convențională* (ce ține de Convenție) a dreptului invocat și nu de partea de drept *unional*, între cele două componente, de sorginți diferite, linia de separare s-ar încețoșa și nu s-ar mai putea deosebi una de cealaltă¹⁴. O curte națională ar putea să folosească opțiunea avizului consultativ ca o metodă prin care să evite o obligație de drept derivat unional, prin invocarea Convenției, care va deveni obligatorie pentru Uniune, iar dreptul derivat va trebui să se conformeze interpretărilor date de Strasbourg¹⁵.

În acest caz, s-a sugerat că o declarație comună a statelor membre și a Uniunii ar putea obliga Curtea Europeană să refuze o cerere de aviz din partea unui stat membru al Uniunii, ca un abuz de drept, în cazul în care întrebarea curții naționale a statului respectiv se referă la o problemă asupra căreia Curtea de Justiție este competentă a se pronunța¹⁶. În felul acesta, statele membre ar fi obligate să folosească procedura Uniunii în rezolvarea disputelor legate de dreptul Convenției ca drept unional, dar ar lăsa și o porțiță deschisă pentru cazurile în care sistemul unional nu prevede o cale de soluționare a litigiului. În astfel de situații extraordinare, declarația comună nu s-ar aplica, iar statele membre s-ar putea prevala de avizul prevăzut de Protocolul nr. 16¹⁷. Astfel, s-ar fi respectat premisa constituțională a Curții de Justiție și ar fi fost posibil și un demers în fața Curții Europene a Drepturilor Omului. Excluderea oricărei interferențe a Curții de la Strasbourg în dreptul european cauzată prin emiterea unui aviz consultativ, așa cum propune Curtea de Justiție, nu ar reprezenta o soluție¹⁸.

Cu toate acestea, cea mai simplă interpretare și cea mai suplă soluție ni se pare cea a Avocatului General care consideră că, din moment ce art. 267 instituie o obligație, instanțele supreme ale statelor membre aflate într-o asemenea situație nu ar avea posibilitatea de a utiliza procedura prevăzută de Protocolul nr. 16, care instituie o procedură facultativă și al cărui rezultat este un aviz consultativ, care

¹³ D. Halberstam, „It's the autonomy, stupid!” *A modest defence of Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and a way forward*, în Public Law and Legal Theory Research Paper Series, nr. 439, februarie 2015, p. 17.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

este, prin excelență, neobligatoriu (lucru subliniat și de art. 5 din Protocolul nr. 16)¹⁹.

Mai mult decât atât, Convenția ar fi ocupat, în dreptul Uniunii, o poziție inferioară tratatelor. Cu alte cuvinte, în cazul în care Uniunea nu ar fi aderat și la Protocolul nr. 16 (iar potrivit Acordului de Aderare, Uniunea ar adera doar la Convenție și la Protocoalele adiționale nr. 1 și 6²⁰), s-ar fi păstrat situația existentă în prezent, în care, odată cu ratificarea Protocolului nr. 16, statele membre ale Uniunii ar putea, chiar și fără aderarea acesteia la Convenție, să facă astfel de cereri la Curte Europeană a Drepturilor Omului. Dacă Uniunea ar adera și ea la Protocolul nr. 16, acesta ar avea, ca și Convenția, de altfel, o poziție inferioară tratatelor unionale, deci și față de art. 267. Din acest punct de vedere, rațiunea din Avizul 2/13 al Curții de Justiție a Uniunii Europene este complet greșită, neexistând nicio problemă în calea aderării care să fi fost cauzată de acest Protocol adițional la Convenție.

3. Problema nerespectării principiului încrederii reciproce

La par. 191-195 din Aviz, Curtea de Justiție mai constată o problemă în cadrul acordului, deoarece acesta asimilează Uniunea unui stat și nu prevede o respectare a principiului încrederii reciproce dintre statele membre ale Uniunii, care presupune ca un stat membru să prezume respectarea drepturilor fundamentale de către celelalte state membre²¹. Acordul nu este în concordanță cu acest principiu, esențial în special pentru spațiul de libertate, securitate și justiție, unde doar în cazuri excepționale se poate deroga de la el. Convenția, pe de altă parte, ar fi impus ca Uniunea și statele membre să își verifice între ele respectarea drepturilor fundamentale, contrar principiului încrederii reciproce²². Din nou, Curtea notează că acordul nu prevede nimic pentru a preveni o astfel de situație²³.

Principiul încrederii reciproce este, într-adevăr, o trăsătură specifică construcției europene, care, spre deosebire de celelalte organizații internaționale, este fundamentată pe principiul nerezității²⁴, iar dreptul european se impune a fi aplicat chiar dacă vreunul dintre statele membre nu își îndeplinește obligațiile față de tratate. Cazurile în materie de azil subliniază, în opinia noastră, cel mai bine conflictul dintre jurisprudențele celor două curți, care au construit standarde diferite.

Astfel, în cauzele reunite *N.S. și M.E.*²⁵, Curtea de Justiție a stabilit un standard foarte ridicat pentru existența unei excepții de la principiul încrederii reciproce. Prezumția că statele membre respectă drepturile fundamentale poate fi răsturnată, în detrimentul încrederii reciproce, cu condiția existenței unor *deficiențe sistemice* (sau sistematice) în ceea ce privește protecția acordată drepturilor

¹⁹ Luarea de poziție a Avocatului General, Avizul 2/13, par. 139-141.

²⁰ Art. 1 alin. (1) din Proiectul de Acord.

²¹ A se vedea Avizul 2/13, par. 192.

²² *Ibidem*, par. 194.

²³ *Ibidem*, par. 195.

²⁴ A se vedea V. Constantin, *Drept Internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 161.

²⁵ Cauzele CJUE C-411/10 *N.S. c. Secretary of State for the Home Department* și C-493/10 *M.E. și alții c. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2011], disponibile la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0411>.

fundamentale²⁶ și că „din aceasta nu se poate concluziona că orice încălcare a unui drept fundamental de către statul membru responsabil ar afecta obligațiile celorlalte state membre de a respecta dispozițiile Regulamentului nr. 343/2003”²⁷. În final, Curtea de Justiție a evidențiat importanța pe care i-o atribuie principiului încrederii reciproce: „astfel, este vorba despre rațiunea de a fi a Uniunii și despre realizarea spațiului de libertate, de securitate și de justiție și, mai concret, a sistemului european comun de azil, întemeiat pe încrederea reciprocă și pe o prezumție de respectare de către celelalte state membre a dreptului Uniunii și, mai precis, a drepturilor fundamentale”²⁸.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului, pe de altă parte, nu folosește în decizia sa *M.S.S.*²⁹ (ulterioară celei a Curții de Justiție din *N.S. și M.E.*) în niciun caz construcția „deficiențe sistemice”³⁰, ci noțiunea de „risc real”, care poate include și o violare singulară, izolată, dar totuși esențială, a drepturilor omului – o ipoteză exclusă de Curtea de Justiție. Interesant este faptul că unele curți naționale preferă să folosească acest standard mai scăzut al Curții de la Strasbourg, decât prezumția Curții de Justiție³¹.

Înțelegem de ce, din acest punct de vedere, Curtea de Justiție a criticat Proiectul Acordului de Aderare, care nu menționează problema. S-ar putea spune, la prima vedere, că problema putea fi soluționată prin prisma sistemului Dublin, care le permite statelor membre să refuze expulzarea unei persoane care caută azil, potrivit unei „clauze de suveranitate”³². Cu alte cuvinte, ele au opțiunea de a nu trimite solicitantul de azil într-o țară unde îi vor fi încălcate drepturile din Convenție, ridicând această „excepție”. Statele membre iau în considerare faptul că au această opțiune de a îi păstra pe propriul teritoriu, dacă nu vor să încalce Convenția. În felul acesta, dacă folosesc clauza de suveranitate pentru a evita o

²⁶ Curtea a considerat că în cazul în care există motive serioase pentru a crede că există deficiențe sistemice în cadrul procedurii de azil și a condițiilor de primire a solicitanților de azil într-un stat membru, care rezultă în tratament inuman sau degradant, în sensul art. 4 al Cartei, transferul într-un astfel de stat ar fi incompatibil cu această dispoziție.

²⁷ Cauzele *CJUE N.S. și M.E.* [2011], par. 82.

²⁸ *Ibidem*, par. 83.

²⁹ Cauza *GEDO, M.S.S. c. Belgiei și Greciei* [2011], cererea nr. 30696/09, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22mss%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22G-RANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22:%5B%22001-103050%22%22%7D>.

³⁰ D. Halberstam, *op. cit.*, p. 22.

³¹ Cauza *R (E.M.(Eritrea)) c. Sec. of State for the Home Department*, [2014] UKSC 12, par. 78, disponibilă la https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0272_Judgment.pdf.

³² Art. 3 din Regulamentul Dublin II 343/2003: „(1) Statele membre examinează cererea de azil prezentată de un resortisant al unei țări terțe oricărui dintre ele, la frontieră sau pe teritoriul statului membru în cauză. Cererea este examinată de un singur stat membru, și anume acela pe care criteriile stabilite de capitolul III îl desemnează responsabil. (2) Prin *derogare* de la alin. (1), fiecare stat membru poate examina o cerere pentru azil care îi este prezentată de un resortisant al unei țări terțe, chiar dacă această examinare nu este responsabilitatea sa în temeiul criteriilor prezentate de prezentul regulament. În acest caz, acel stat membru devine statul membru responsabil în sensul prezentului regulament și își asumă obligațiile asociate acestei responsabilități. După caz, acesta informează statul membru anterior responsabil, statul membru care conduce o procedură pentru determinarea statului membru responsabil sau statul membru căruia i-a fost solicitat să preia sau să reprimească solicitarea”.

încălcarea a Convenției, vor respecta atât dispozițiile acesteia, cât și regulamentul Dublin II, pentru că regulamentul nu îi obligă oricum să îi transfere, fiind la latitudinea lor. Totuși, cel mai probabil, standardul ridicat al Curții va trebui respectat chiar și în aceste cazuri derogatorii.

Conflictul prezentat mai sus evidențiază contextele diferite în care funcționează cele două curți. Pe când Curtea de Justiție vrea să înainteze integrarea, principiul încrederii reciproce fiind un astfel de exemplu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu are asemenea obiective, fiind destul de ușor pentru ea să critice orice violare a drepturilor fundamentale. Deși Curtea de Justiție nu a fost inițial o curte de drepturi fundamentale, ea și-a însușit și această poziție. Însă, poziția ei este multilaterală, protejând atât piața comună, cât și drepturile fundamentale și, acum, și securitatea comună și cooperarea judiciară. Conținutul drepturilor fundamentale protejate de Curtea de Justiție este determinat de acest context complicat³³, cu care Curtea Europeană nu se confruntă. De asemenea, ca și mulți alții³⁴, suntem îngrijorați de declarația Președintelui Curții de Justiție, care, într-o conferință, a declarat: „Curtea nu este o instanță de drepturi ale omului: ea este Curtea Supremă a Uniunii”³⁵. Aceasta vine din partea președintelui completului care a avut grijă într-atâtea ocazii să sublinieze, mai ales în Avizul 2/13, că Uniunea nu este un stat și nu ar trebui să fie asimilată unuia, ori ideea asimilării Curții de Justiție cu un tip de curte deja existent la nivel național contrazice această atitudine.

Un alt conflict, de data aceasta între jurisprudența curților naționale și cea a Curții Europene a Drepturilor Omului, a fost sesizat de doctrină, deși nu a fost discutat nici de Curtea de Justiție, nici de Avocatul General. Conflictul, deși de o magnitudine mai redusă, privește dezacordul dintre doctrina *Bosphorus*, a Curții Europene, și doctrina *Solange* a Curții Constituționale Federale germane (ne vom referi aici doar la prezumția *Solange II*).

În cazul *Bosphorus*³⁶, Curtea Europeană a considerat că protecția oferită de Uniune drepturilor fundamentale ale omului poate fi considerată ca fiind echivalentă cu nivelul de protecție acordat de către Convenție. Echivalența, în acest caz, presupune standarde similare, nu și identice.

³³ J. Komárek, *It's a stupid autonomy...*, VerfBlog, 14 martie 2015, disponibil la <http://www.verfassungsblog.de/its-a-stupid-autonomy/>.

³⁴ J. Komárek, *op. cit.*; L.F.M. Besselink, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, VerfBlog, 23 decembrie 2014, disponibil la <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>.

³⁵ L.F.M. Besselink, *op. cit.*, p. 1; S. Douglas-Scott, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, VerfBlog, 24 decembrie 2014, disponibil la <http://www.verfassungsblog.de/en/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshelleuropean-court-justice>; D. Halberstam, *op. cit.*, p. 9.

³⁶ Cauza CEDO, *Bosphorus Airways c. Irlandei* [2005], cererea nr. 45036/1998, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22bosporus%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRAND%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-69564%22%5D%7D>.

În cazul *Solange II*³⁷ din Germania, Curtea Constituțională Federală a statuat că nu va verifica nivelul de protecție acordat de Uniune drepturilor fundamentale ale omului atât timp cât³⁸ (*solange*) Curtea de Justiție le protejează într-un mod adecvat. Bineînțeles, curtea germană nu se referea la o protecție de la caz la caz a drepturilor fundamentale de către Uniune, ci la o protecție generală. Cu alte cuvinte, atât timp cât drepturile fundamentale sunt protejate în ansamblu, Curtea Constituțională Federală nu va interveni, considerând că sistemul unional funcționează adecvat, însă nu va lua în considerare cazuri concrete, individuale din care ar reieși eșecuri ale sistemului unional în materie de drepturi fundamentale.

Prezumția *solange* se aseamănă cu doctrina echivalenței construită de Strasbourg în sensul că ambele presupun o abținere din partea unei curți (Curtea Europeană în ceea ce privește examinarea protecției acordate drepturilor fundamentale în cadrul Uniunii Europene și curțile naționale, care funcționează după principiul *solange*, în raport cu nivelul de protecție al Uniunii față de aceleași drepturi) de a se pronunța asupra deficiențelor sistemului unional al drepturilor fundamentale ale omului. Totuși, într-un caz concret, cele două principii ar putea să intre în conflict din cauza unei diferențe dintre cele două: pe când curțile naționale, care urmează doctrina *solange*, ar analiza protecția drepturilor fundamentale în ansamblu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care respectă principiul din *Bosphorus*, ar analiza o cauză în concret³⁹. Altfel spus, în cazul în care un individ ar contesta în fața unei instanțe naționale o dispoziție de drept european pe considerentul încălcării drepturilor sale fundamentale, aceasta ar putea să-i respingă cererea, deoarece, deși dispoziția europeană îi încalcă drepturile fundamentale, sistemul Uniunii Europene de protecție a drepturilor fundamentale este, per total, adecvat, conform doctrinei *solange*. Același individ ar putea, acum, să își prezinte cazul la Strasbourg, iar Curtea ar putea trage la răspundere statul membru, deoarece prin implementarea dreptului european, statul membru a adus o atingere vădită drepturilor fundamentale ale reclamantului în cazul acela particular. Astfel, o încălcare singulară nu ar atrage o neaplicare a dreptului european, în cazul curții naționale care se bazează pe *solange*.

Pe de altă parte, aceeași încălcare ar fi sancționată de Strasbourg, care analizează violări ale Convenției în fiecare caz, deși are prezumția de echivalență față de dreptul unional. O încălcare vădită ar anula prezumția, în orice caz. Este un scenariu posibil, care ar descuraja instanțele statelor membre de la utilizarea compromisului *solange*. Este interesant de observat cum, în *Bosphorus*, judecătorii Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky și Garlicki s-au arătat îngrijorați de efectul general pe care l-ar avea prezumția echivalenței: „*hotărârea minimizează sau ignoră anumite*

³⁷ Cauza *Wünsche Handelsgesellschaft*, BvR 2, 197/83; 1987 3 CMLR 225, [1986].

³⁸ Argumente similare sunt folosite și în cauzele CJUE conexe C-402/05 P și C-415/05 P *Kadi, Yusuf și Al Barakaat [2005]*, la par. 256, însă cu referire la poziția CJUE față de ONU, a se vedea I. Gâlea, *Aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană a drepturilor omului. Analiză critică*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 72.

³⁹ D. Halberstam, *op. cit.*, p. 26.

factori care stabilesc o diferență reală și ar fi nerezonabil să se concluzioneze că există «o protecție echivalentă» în fiecare caz»⁴⁰.

Aderarea ar fi putut să rezolve această problemă creată în triunghiul Luxemburg - Strasbourg - stat membru⁴¹. Odată cu aderarea, Uniunea ar fi fost obligată la respectarea Convenției la fel ca și celelalte Înalte Părți Contractante, iar dacă un stat membru ar fi fost tras la răspundere la Strasbourg, Uniunea ar fi putut fi introdusă în cauză ca și copârât. În felul acesta, statul membru care implementează dreptul secundar unional va fi protejat de către Uniune, care își va aloca partea ei din „vină”, Uniunea va beneficia datorită menținerii cooperării judiciare și a principiului încrederii reciproce. Doctrina *solange* va fi salvată și ea. Mecanismul copârât ar fi păstrat specificitatea spațiului de libertate, securitate și justiție, în special în materia mandatelor europene de arestare și a transferării solicitanților de azil. Spre exemplu, în cazul în care un stat membru transferă un individ într-un alt stat parte la sistemul Dublin, respectând principiul încrederii reciproce, dar violând Convenția, statul membru care efectuează transferul va fi tras la răspundere în fața Curții Europene a Drepturilor Omului, iar Uniunea va putea să intervină ca și copârât.

Oricât de interesantă ar putea părea această problemă găsită de doctrină, în final, doctrina curții germane este una națională, limitată în aplicare și, cel mai probabil, nu se regăsește în jurisprudențele tuturor celorlalte curți naționale ale statelor membre. De asemenea, în cazul Germaniei, nu ar fi exclus un reviriment de jurisprudență, în cazul în care acesta nu a avut loc deja.

Tot în doctrină⁴², a existat la un moment dat un punct de vedere interesant, potrivit căruia ar exista trei condiții ale încrederii reciproce: în primul rând, un set comun de valori și un nivel de protecție similar în ceea ce privește drepturile fundamentale; în al doilea rând, capacitatea Uniunii de a remedia violări ale acestor drepturi; iar în al treilea rând, un fel de clauză de salvagardare, care să permită statelor membre să invoce justificări (derogări) de ordine publică în cazurile în care respectarea strictă a principiului încrederii reciproce ar produce efecte nefaste⁴³.

În ceea ce privește încrederea reciprocă și cele trei criterii enumerate anterior, s-a considerat că dacă Uniunea are puterea sau resursele necesare pentru remedierea încălcărilor aduse Convenției, o va face, iar, în caz contrar, va fi silită să se folosească de acea clauză de salvagardare legată de respectarea principiului încrederii reciproce și să permită statelor membre să se verifice unul pe celălalt⁴⁴. În cazul acesta, Curtea de la Luxemburg va fi cea care va decide asupra celor trei condiții, nu Curtea de la Strasbourg. Acolo unde setul comun de valori (primul criteriu) trebuie protejat, Uniunea va interveni și va aplica principiul încrederii reciproce pentru a menține un status quo. Acolo unde aceasta nu are puterea de a

⁴⁰ CEDO, Cauza *Bosphorus Airways c. Irlandei* [2005].

⁴¹ D. Halberstam, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁴² D. Halberstam, *op. cit.*, p. 24.

⁴³ Spre exemplu, în cazul în care există divergențe serioase în ceea ce privește protecția drepturilor fundamentale, iar Uniunea nu are puterea de a proteja indivizi, va relaxa condițiile încrederii reciproce. Acesta ar fi cazul în materie de azil.

⁴⁴ D. Halberstam, *op. cit.*, pp. 28-29.

remedia încălcării ale drepturilor omului, va relaxa acest principiu, deși nu îl va desconsidera total, și va permite statelor membre o discreție mai mare. În felul acesta, sunt respectate atât principiul încrederii reciproce, cât și drepturile fundamentale.

4. Nerespectarea principiului recunoașterii reciproce

Ultimul argument pe care îl vom analiza vizează, de fapt, mai multe aspecte: principiul recunoașterii reciproce, coordonarea dintre art. 53 din Cartă și Convenție și cazul principal invocat de Curtea de Justiție pentru a-și motiva argumentația (*Melloni*⁴⁵).

Asemănător principiului încrederii reciproce din materie de azil și PESC, în ceea ce privește spațiul de libertate, securitate și justiție, dreptul Uniunii funcționează pe baza unui principiu foarte asemănător – principiul recunoașterii reciproce. Acesta s-a aflat, ca și cel al încrederii reciproce, în centrul dezbaterilor cu privire la aderare, la proiectul de aderare, la Avizul 2/13 al Curții, precum și, în general, la relația dintre cele două sisteme. *Melloni*, menționat mai sus, este cazul de referință în acest caz.

În *Melloni*, abordarea Curții de la Luxemburg a complicat legătura, și așa problematică, dintre principiul recunoașterii reciproce și drepturile fundamentale ale omului. În acel caz, dreptul constituțional spaniol condiționa executarea unui mandat european de arestare de garantarea rejudecării, în cazul în care se ivea situația în care persoana pe numele căreia a fost emis mandatul a fost judecată în absență. Legislația spaniolă prevede, așadar, un obstacol cu menirea de a asigura respectarea dreptului la un proces echitabil.

Totuși, art. 4 alin. (1) lit. a) din Decizia-cadru 2002/584/JAI a Consiliului din 13 iunie 2002⁴⁶ interzice o astfel de condiționare în cazul în care persoana vizată de mandat avea cunoștință de desfășurarea procesului *in absentiam* și și-a mandatat un avocat pentru a o apăra. Față de legislația europeană, s-ar putea spune că legislația spaniolă oferă un nivel de protecție mai ridicat și dă prevalență drepturilor fundamentale ale omului. Astfel, cel puțin aparent, autoritățile spaniole ar putea să aplice propria lor legislație, mai favorabilă, conform art. 53 din Cartă.

Cu toate acestea, Curtea de Justiție a decis, în final, că art. 4 alin. (1) lit. a) trebuie interpretat în sensul că se opune ca autoritatea judiciară de executare, în cazurile menționate în această dispoziție, să supună executarea unui mandat european de arestare emis în scopul executării unei pedepse condiției ca respectiva hotărâre de condamnare pronunțată în lipsă să poată fi revizuită în statul membru emitent.

Curtea a preferat, de data aceasta, să nu dea prevalență drepturilor omului, ci aplicării uniforme a dreptului unional și a principiului recunoașterii reciproce. Autoritățile spaniole nu aveau, în acest caz, dreptul de a refuza aplicarea mandatului european de arestare și, în consecință, trimiterea persoanei vizate pentru

⁴⁵ Cauza CJUE C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal* [2013], par. 60, disponibilă la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd4362bdd6530745f3b95bc21a89d33031.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSahr0?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1822002>.

⁴⁶ Privind mandatul european de arestare și procedurile de predare între statele membre, astfel cum a fost modificată prin Decizia-cadru 2009/299/JAI a Consiliului din 26 februarie 2009.

executarea unei pedepse de 10 ani de închisoare în Italia, acolo unde fusese anterior judecat *in absentia* și condamnat la pedeapsa menționată. Deoarece legea italiană nu prevedea o cale de atac pentru hotărârile luate *in absentiam*, autoritățile spaniole au considerat că executarea mandatului de arestare i-ar afecta persoanei în cauză dreptul la un proces echitabil.

Interpretarea dată de Curtea de Justiție art. 53 este cel puțin interesantă. În opinia acesteia, statele membre ale Uniunii au dreptul de a se prevala de legislația lor mai favorabilă doar în cazul în care nu se periclitează aplicarea uniformă a dreptului european. Soluția, aparent logică și firească, atinge o zonă extrem de importantă din ordinile constituționale ale statelor membre – drepturile fundamentale ale omului. Consecințele acestei linii de argumentare pot fi foarte nefaste, dacă considerăm că de fiecare dată când un drept fundamental garantat de o constituție națională intră în conflict cu o normă europeană într-o arie în care dreptul unional e armonizat, norma europeană va înlătura dispoziția constituțională. Cum dreptul european devine tot mai armonizat, ar trebui să ne întrebăm dacă drepturile fundamentale din constituțiile naționale vor mai avea vreo putere reală în viitor⁴⁷.

În ceea ce privește critica Curții referitoare la cele două art. 53 din Convenție și Cartă, așa cum reiese din Avizul 2/13, aceasta se bazează în principal pe cazul prezentat mai sus. Astfel, Curtea consideră că în măsura în care art. 53 din Convenție rezervă părților contractante posibilitatea de a prevedea standarde de protecție a drepturilor fundamentale mai ridicate decât cele garantate de Convenție, trebuie să existe o coordonare între acesta și omologul lui din Cartă pentru ca posibilitatea conferită de art. 53 din Convenție statelor membre să rămână limitată astfel încât să se evite compromiterea nivelului de protecție prevăzut în Cartă, precum și supremația, unitatea și caracterul efectiv al dreptului Uniunii⁴⁸. În esență, Curtea invocă cauza *Melloni*⁴⁹, unde a considerat că art. 53 din Cartă nu ar trebui să ofere standarde superioare de protecție a drepturilor omului acolo unde există deja o armonizare a dreptului european. Art. 53 din Convenție ar ridica din nou această problemă, rezolvată deja de Curte în cauza *Melloni*, prin simplul fapt că acesta prevede standarde mai ridicate de care statele membre ar încerca, din nou, să se prevaleze, în detrimentul supremației, unității și caracterului efectiv al dreptului Uniunii, iar Curtea dorește o prevedere din care să reiasă explicit o protejare a dreptului european, ori acordul nu prevede aceasta⁵⁰.

Totuși, Curtea nu ia în calcul faptul că un articol așa cum este art. 53 din Cartă, precum și omologul lui din Convenție, nu prevăd o posibilitate sau un drept nou pe care statele membre să nu îl aibă deja⁵¹. Cu alte cuvinte, din moment ce, la nivel unional, statele membre nu pot cere un standard mai ridicat, care să intre în conflict cu aplicarea cu prioritate, unitară și efectivă a dreptului unional, acestea nu s-ar putea prevala de articolul din Convenție, tocmai din cauza deciziei *Melloni*,

⁴⁷ J. Nergelius, *The Accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, Swedish Institute for European Policy Studies, Raportul nr. 3, Stockholm, iunie 2015, pp. 28-35.

⁴⁸ Avizul 2/13, par. 189.

⁴⁹ Cauza CJUE *Melloni* [2013], par. 60.

⁵⁰ Avizul 2/13, par. 190.

⁵¹ D. Halberstam, *op. cit.*, p. 20.

care a tranșat pentru totdeauna problema standardelor ridicate⁵². Aderarea nu ar fi dat art. 53 din Convenție puterea de a dezgheța o situație deja stabilită.

5. Concluzii

Deși unele persoane au fost surprinse de avizul negativ al Curții de Justiție, susținerea continuă a Curții pentru integrarea europeană și pentru autonomia și delimitarea ordinii juridice unionale atât față de dreptul internațional clasic, cât și față de dreptul național demonstrează o evoluție liniară.

Cu ocazia Avizului 1/09, spre exemplu, Curtea a fost întrebată în legătură cu înființarea unui Tribunal pentru brevete europene și comunitare în cadrul Convenției privind eliberarea de brevete europene și comunitare, care urma să soluționeze litigiile cu privire la dispozițiile acesteia⁵³. Curtea a respins⁵⁴ propunerea, constatând că „*prin faptul că atribuie o competență exclusivă de a soluționa un număr important de acțiuni formulate de particulari în domeniul brevetului comunitar, precum și de a interpreta și de a aplica dreptul Uniunii în acest domeniu, în favoarea unei instanțe internaționale care se află în afara cadrului instituțional și jurisdicțional al Uniunii, acordul preconizat ar priva instanțele statelor membre de competențele privind interpretarea și aplicarea dreptului Uniunii, precum și Curtea de competența sa de a răspunde, cu titlu preliminar, la întrebările adresate de instanțele menționate și astfel ar denatura competențele pe care tratatele le conferă instituțiilor Uniunii și statelor membre și care sunt esențiale pentru a asigura însăși natura dreptului Uniunii*”⁵⁵.

Și în hotărârea din cazul *Kadi*⁵⁶, Curtea a subliniat că nici ordinele naționale interne ale statelor membre, nici dreptul internațional nu pot afecta autonomia dreptului unional, impermeabil la cele două ordini.

În lumina acestor luări de poziție ale Curții, nu se poate susține că Avizul 2/13 a reprezentat o surpriză, ci, mai degrabă, o continuare.

Totuși, chiar dacă ar avea loc o aderare la sistemul Convenției în conformitate cu dezideratele Curții de Justiție, așa cum au fost acestea exprimate în Aviz, nu s-ar îmbunătăți regimul drepturilor fundamentale ale omului, dat fiind faptul că Uniunea ar fi apărată față de interferențele Curții Europene a Drepturilor Omului, în special în domeniul PESC (Politica Externă și de Securitate Comună) și spațiul de

⁵² *Idem*.

⁵³ Avizul 1/09 [2011], par. 8: „Acordul preconizat ar institui un tribunal pentru brevete europene și comunitare, compus dintr-un tribunal de primă instanță, care ar cuprinde o divizie centrală și divizii locale și regionale, și o curte de apel, acesta fiind competentă să soluționeze apelurile formulate împotriva deciziilor pronunțate de tribunalul de primă instanță. Al treilea organ al tribunalului ar fi o grefă comună”.

⁵⁴ „Acordul preconizat, prin care se creează un sistem unic de soluționare a litigiilor în materie de brevete (denumit în prezent „Tribunalul pentru Brevete Europene și Comunitare”), nu este compatibil cu dispozițiile Tratatului de instituire a Uniunii Europene și ale Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene”.

⁵⁵ Avizul 1/09 [2011], par. 89.

⁵⁶ Cauza C/JCE C-415/05 *P Kadi și Al Barakaat* [2008], disponibilă la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1822618>.

libertate, securitate și justiție, arii volatile și controversate în care drepturile fundamentale sunt lesne încălcate.

În special în cazul mandatului european de arestare se impune problema amendării statelor membre ale Uniunii Europene de către Curtea de la Strasbourg, având în vedere că se emit foarte des în cazuri de infracțiuni minore, când afectarea drepturilor fundamentale ar fi disproporționată față de executarea mandatelor. Totuși, există curți europene care înclină către protejarea drepturilor fundamentale ale omului, în detrimentul executării unui mandat european de arestare⁵⁷.

Mai mult decât atât, s-a sugerat că Curtea de Justiție ar fi trebuit să se comporte ca o curte constituțională adevărată și să vadă din dispoziția din art. 6 alin. (2) din Tratatul de instituire a Uniunii Europene o obligație de nivel constituțional, aflată pe același palier cu menținerea autonomiei ordinii Uniunii. Scopul ultim ar fi obținerea unei *praktische Konkordanz* (concordanță practică) sau, cu alte cuvinte, obținerea unui echilibru între drepturile fundamentale și autonomia dreptului unional, astfel încât, prin intermediul unui compromis, să se ajungă la respectarea ambelor deziderate⁵⁸. În schimb, Curtea preferă să respingă proiectul pentru acordul de aderare.

În fine, s-a mai sugerat că o abordare dualistă a Curții față de Convenție ar fi fost benefică și ar fi permis atât menținerea autonomiei dreptului unional, cât și participarea, ca Înalță Parte Contractantă, la sistemul Convenției⁵⁹, însă nu vedem cum această soluție de compromis ar fi putut duce la crearea unui cadru uniform de protejare a drepturilor fundamentale ale omului. Dimpotrivă, abordarea dualistă ar fi funcționat în detrimentul securității juridice.

Ce mai rămâne de menționat este că în acest *status quo ante*, Curtea de la Strasbourg va continua să decidă în cazurile în care statele membre ale Uniunii au implementat directive care le permite o anumită marjă de apreciere, pentru care acestea din urmă vor fi trase la răspundere, potrivit Convenției. Cazuri ca *Matthews*⁶⁰ se vor repeta, iar în multe dintre ele, Curtea de Justiție nu va putea să le soluționeze înainte să ajungă în fața Curții de la Strasbourg.

Cu toate acestea, idealul creării unui sistem unional de protecție a drepturilor fundamentale a împins Curtea de Justiție să umple, cu ajutorul jurisprudenței, un vid legislativ, ajutată de manifestări ale statelor membre în sensul constituirii unei carte de drepturi fundamentale, precum și de consacrarea, chiar în textele tratatelor institutive, a unei declarații de respectare a drepturilor fundamentale, elevate la rangul de principii generale de drept european. Astfel, spre deosebire de

⁵⁷ Spre exemplu, în cazul *F.-K. c. Polish Judicial Authority*, [2012] UKSC 25, Curtea Supremă a Regatului Unit a constatat că executarea unui astfel de mandat poate fi refuzat dacă constituie o ingerință disproporționată în drepturile mamei și ale copilului din art. 8 – CEDO, Cauza *F.-K. c. Polish Judicial Authority* este disponibilă la <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0039-judgment.pdf>.

⁵⁸ T. Streinz, *The Autonomy Paradox*, VerfBlog, 15 martie 2015, disponibil la <http://www.verfassungsblog.de/the-autonomy-paradox/>.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁰ CEDO, Cauza *Matthews c. Regatului Unit* [1999], cererea nr. 24833/94, disponibilă la <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22RUM%22%5D,%22appno%22:%5B%2224833/94%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-94323%22%5D%7D>.

perioada anilor '50 și '60, în prezent, Uniunea oferă un cadru legal de protecție a drepturilor fundamentale destul de eficient, deși e pe alocuri mai restrictiv decât sistemul Convenției. Aceste divergențe sunt, până la urmă, datorate mediului unional multilateral în care funcționează Curtea de Justiție și care e, cu siguranță, mult mai complex decât contextul specializat al Curții Europene. Acolo unde divergențele jurisprudențiale se manifestă fără a avea la bază o diferență de context juridic, principiul securității juridice ar trebui să ghideze cele două Curți în stabilirea unei interpretări comune aceleiași situații sau aceluiași drept. Curtea de Justiție a mai reușit până acum să își revizuiască propria jurisprudență pentru a fi conformă cu cea a Curții Europene, la fel ar putea și în viitor. Dacă se vor ivi situații în care sistemul unional nu permite o prevalență a unui drept fundamental asupra unui drept economic, aceasta se va datora perspectivei Curții de Justiție, care, spre deosebire de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, trebuie să ia în calcul și piața comună. Adesea, acestea sunt cazurile în care Curtea de Justiție este criticată pentru faptul că nu ia în serios drepturile omului.

Procesul aderării a reușit, printre altele, să pună în lumina reflectoarelor discrepanțele și divergențele, aparent ireconciliabile, între două sisteme-surori, care au pornit de la idei și compromisuri diferite, deși cu un scop vag comun – integrarea europeană. Totuși, scopul poate fi considerat comun *doar* dacă este vag, căci cu cât aprofundăm scopurile celor două sisteme, cu atât ne distanțăm, de fapt, de laturile lor comune și ne apropiem tot mai mult de concluzia că sunt, în final, divergente. În Uniunea Europeană, culturile diverse (și diferite) ale statelor membre împiedică o integrare absolută, crearea unui super-stat, cu o identitate comună; în Europa, cel puțin în ceea ce privește protecția drepturilor fundamentale, aceeași diversitate, de data aceasta mai puțin culturală și mai mult de natură juridică a celor două sisteme ce protejează aceste drepturi, îngreunează ajungerea la un punct de acord.

Obiectivul principal al aderării a fost simplificarea apărării drepturilor fundamentale în Europa și, mai presus de toate, asigurarea unei securități juridice mai mari decât în prezentul mozaic jurisdicțional, unde reclamantului de rând îi este greu să aleagă curtea căreia să i se adreseze și riscă să se supună unor întârzieri și costuri extrem de ridicate, datorate lipsei unei comunicări directe între cele două curți. Este un deziderat ce rămâne valabil, chiar și după eșecul *acestei* aderări.

III. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE

Conferințele Facultății de Drept

1. Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, Center for Company Law and Corporate Governance și Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara au organizat, la Cluj-Napoca, Conferința națională de Drept comercial 2015, ediția a V-a, în zilele de 12-13 iunie 2015, cu titlul *Confluențe actuale în dreptul comercial*.

La conferință au fost susținute următoarele lucrări: Lucian Bercea – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, *Cum (nu) protejează Legea insolvenței persoanei fizice*; Gheorghe Piperea – Universitatea din București, Facultatea de Drept, *Scurte considerații critice la adresa noii legi a insolvenței simplilor particulari*; Sergiu Golub – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, *Insolvența și persoana fizică – profesionist și neprofesionist*; Daniela Deteșan – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, *Procedura prealabilă sesizării instanței în insolvența persoanei fizice – argumente pro și contra*; Ion Turcu – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, *Cum ar putea arăta noul Cod comercial?*; Stanciu D. Cărpenu, *Fondul de comerț în condițiile noului Cod civil*; Gheorghe Buta, Octavian Popescu – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, avocat „Mușat și Asociații”, *Penalul, o amenințare la adresa creditului și a circuitului civil?*; Radu Rizoiu – Universitate din București, Facultatea de Drept, *De la fascie la mătură: despre caracterul translativ al contractului de ipotecă*; Lucian Săuleanu – Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept, *Repere în Codul civil pentru reconfigurarea unor soluții în materie societară*; Stan Tîrnoveanu, Laura Retegan, *Super-prioritățile și regimul plății creanțelor în cadrul procedurii falimentului*; Mihaela Sărăcuț – judecător Curtea de Apel Cluj, *Testul creditorului privat în procedura insolvenței*; Marius Grecu – practician în insolvență, *Considerații privitoare la deschiderea procedurii de insolvență în condițiile Legii nr. 85/2014*; Simona al Hajjar – judecător Curtea de Apel Cluj, *Statutul creanțelor subordonate în procedura insolvenței (și în afara ei)*; Ioan Schiau – Universitatea „Transilvania” Brașov, Facultatea de Drept, *Dilema identitară a administratorului societății: este sau nu este profesionist?*; Dragoș Călin – consilier juridic, SIF „Transilvania” SA Brașov, *Revocarea administratorilor societăților pe acțiuni administrate în sistem unitar și dualist. Dreptul la despăgubiri pentru revocarea fără just teme*; Titus Prescure – Universitatea „Transilvania” Brașov, Facultatea de Drept, *Despre corelațiile dintre regimul juridic al nulității hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor societăților pe acțiuni și regimul juridic al nulității actelor juridice, reglementate de Codul civil*; Lucian Bojin – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, *Efecte de frontieră ale personalității juridice a societăților: fragmentare/integrare, includere/excludere*; Flavius Moțu – judecător Tribunalul Specializat Cluj, *Limitele intervenției judiciare în contractele de credit bancare încheiate cu consumatorii*; Liviu Ungur – judecător Curtea de Apel Cluj, *Actualitate în practica judiciară privind litigiile cu profesioniștii și insolvența*; Dumitru Dobrev,

Practica neunitară a instanțelor în materia clauzelor abuzive din contractele bancare; Ionuț Popa – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, Evaziunea normelor răspunderii contractuale; Alina Oprea – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, Reforma Regulamentului 1346/2000 în materia insolvenței transfrontaliere; Sergiu Popovici – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, Observații asupra procedurii de refuz al executării, reglementată de art. 46 și urm. din Regulamentul nr. 121/2012; Crenguța Leaua, Mihaela Maravela, Aspecte privind vânzarea domeniilor de internet. Studiu de caz; Vasile Nemeș – Universitatea „Nicolae Titulescu” din București, Privire comparativă între contractul de vânzare și contractul de furnizare; Șerban Diaconescu – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, Contracte parteneriat: provocări teoretice și soluții practice; Vasile Godîncă-Herlea – practician în insolvență, Dirijor, membru al orchestrei sau spectator? Supravegherea și dreptul de a conduce debitoare în insolvență; Csaba Bela Nasz – judecător Judecătoria Sănnicolaul Mare, Unele considerații cu privire la răspunderea practicianului în insolvență în condițiile Legii nr. 85/2014; Daniela Moțiu – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, Despre accesoriile creanțelor garantate în procedura insolvenței; Radu Bufan, Florentina Folea, Suspendarea de drept a acțiunilor îndreptate împotriva debitorului insolvent – reguli și excepții; Radu N. Catană – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, Intersecții ale procedurii insolvenței cu alte drepturi speciale.

2. Uniunea Națională a Executorilor Judecătorești, în colaborarea cu Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara și Editura Hamangiu, au organizat Conferința de Executare silită în data de 3 iulie 2015.

La conferință au participat în calitate de intervenienți: conf. univ. dr. Traian Briciu (Facultatea de Drept, Universitatea din București, avocat, vicepreședinte al Uniunii Naționale a Barourilor din România, director al Institutului Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților); lect. univ. dr. Claudiu Dinu (Facultatea de Drept, Universitatea din București, avocat, director de departament în cadrul Institutului Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților); Bogdan Dumitrache (executor judecătoresc, formator, Institutul Național al Magistraturii); conf. univ. dr. Sebastian Spinei (Facultatea de Drept, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, avocat); conf. univ. dr. Lucian Săuleanu (Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, avocat, decanul Baroului Dolj); asist. univ. dr. Șerban Mircioiu (Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, avocat); prof. univ. dr. Constantin Dragoș Popa (Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, avocat); prof. univ. dr. Claudia Roșu (Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, avocat); conf. univ. dr. Cristian Clipa (Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, avocat); lect. univ. dr. Florina Popa (Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, avocat).

3. UNPIR Filiala Timiș, Curtea de Apel Timișoara, în colaborare cu Tribunalul Timiș, Tribunalul Arad, Tribunalul Caraș-Severin, Universitatea de Vest din

Timișoara – Facultatea de Drept și Facultatea de Economie și de Administrare a Afacerilor, a organizat în perioada 18-19 septembrie 2015, conferința regională de insolvență, „Insolvența la un nou nivel”.

La conferință au fost susținute următoarele lucrări: Marian Bratiș – vicepreședinte Curtea de Apel Timișoara, *Jurisdicția organelor decizionale ale creditorilor în procedura insolvenței*; Ștefan Lucaciuc – judecător Curtea de Apel Timișoara, *Interdicția băncilor de a dispune de fondurile debitoarei insolvente în condițiile art. 86 din Legea nr. 85/2014 (anterior art. 48 din Legea nr. 85/2006)*; Nicușor Maldea – judecător Tribunalul Caraș-Severin, *Excepțiile de la regula valorificării bunurilor libere de sarcini în procedura insolvenței*; Loredana Neamțu – judecător Tribunalul Timiș, *Practică judiciară*; Florin Moțiu, Daniela Moțiu – judecător Curtea de Apel Timișoara, avocat Baroul Timiș, *Aspecte practice privind unele categorii de creanțe în procedura insolvenței*; Radu Bufan – practician în insolvență, *Insolvența „fiscală”. Cauze, efecte, remedii*; Petruța Micu – judecător Curtea de Apel Timișoara, *Decizia de afaceri în contextul intervenirii stării de insolvență. Legătură cu teoria imprevizunii*; Simona Maria Miloș – președinte INPPI, *Interferența procedurii insolvenței cu procesul penal. Soluții oferite de Legea nr. 85/2014*; Lucian Bercea, *Accesul debitorului la procedura insolvenței persoanei fizice: de la principii la reguli*; Csaba Bela Nasz – judecător Judecătoria Sînnicolaul Mare, *Unele considerații cu privire la procedura insolvenței persoanei fizice*; Daniela Deteșan – judecător Tribunalul Caraș-Severin, *Este aplicabilă legea insolvenței personale și debitorului fără venituri și fără active?*; Anca Cristina Buta – judecător Curtea de Apel Timișoara, *Anularea actelor frauduloase în procedura insolvenței persoanei fizice*; Florina Popa, *Efectele procedurii insolvenței persoanei fizice. Atribuțiile lichidatorului desemnat*; Ovidiu Bungeț – președinte CECCAR Timiș, *Principiul continuității activității: între costul istoric și valoarea justă*; Dorin Cosma – vicepreședinte CECCAR, *Planul de reorganizare versus principiul continuității activității firmei*; Rolland Szabo – practician în insolvență, *Drept comparat internațional: reorganizarea în procedura insolvenței din România versus procedura insolvenței din Ungaria*.

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara și Centrul de Cercetări în Științe Penale, a organizat în perioada 15-16 octombrie 2015, la Timișoara, în Ciclul de conferințe internaționale ale *Journal of Eastern European Criminal Law*, Ediția I a Conferinței *Criminalitate economică*.

La conferință au fost prezentate următoarele lucrări: Roberto Kostoris – Universitatea din Padova, Facultatea de Drept, Italia, *Un Parchet european cu competență în investigarea infracțiunilor împotriva intereselor financiare ale UE: așteptări și perspective*; Sivilia Signorato – Universitatea din Padova, Facultatea de Drept, Italia, *Reținerea datelor și investigarea infracțiunilor economice*; Sergiu Bogdan – Universitatea „Babeș-Bolyai”, Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, *Plata unui impozit cu întârziere poate fi abuz în serviciu? Efecte ale declarării neconstituționale a art. 6 din Legea nr. 241/2005*; István László Gál – Universitatea din Pécs, Ungaria, Facultatea de Drept, *Protecția penală a pieței de capital în*

Ungaria; Zoran Pavlović, Aleksandar Bošković – Facultatea de Drept din Novi Sad, Serbia, *Importanța infracțiunii de spălare a banilor în legislația penală din Serbia*; Igor Vuletić – Universitatea din Osijek, Croația, Facultatea de Drept, *Prescripția răspunderii penale în cazul infracțiunilor economice de tranziție în Croația*; Csongor Herke – Universitatea din Pécs, Ungaria, Facultatea de Drept, *Perspectivă europeană comparativă asupra statutului procurorului*; László Kóhalmi – Universitatea din Pécs, Ungaria, Facultatea de Drept, *Tendențe vechi și noi în criminalitatea economică*; Barna Miskolczi – Ministerul Justiției, Ungaria, *Reacția legiuitorului la criminalitatea contemporană: fraudă bugetară în Codul penal maghiar*; Ferenc David – Universitatea din Pécs, Ungaria, Facultatea de Drept, *Finanțarea terorismului: provocare pentru criminalitatea economică*; Gyula Stotz – Universitatea din Pécs, Ungaria, Facultatea de Drept, *Corupția în organizarea și funcționarea administrației fiscale*; Aleksandra Dabić, Darian Rakitovan – Facultatea de Drept din Novi Sad, Serbia, *Infracțiunile de delapidare în Codul penal al Republicii Serbia. Specificul urmăririi penale și al sistemului probator*; Viorel Pașca, *Politicile economice și dreptul penal*; Tiberiu Medeanu, *Aspecte privind infracțiunile comise cu produse accizabile supuse marcării*; Dorel-Lucian Julean, *Aspecte procedurale privind infracțiunea de evaziune fiscală*; Adrian Fanu-Moca, *Abuzul în serviciu și implicațiile lui asupra mediului de afaceri*; Laura-Maria Stănilă, *Persoana juridică și infracțiunea de evaziune fiscală. De la teorie la practică*; Ioana-Celina Pașca, *Obiectul juridic și subiectul activ al infracțiunii de spălare a banilor*; Magdalena Roibu, *Atenție la piață: abuz, manipulare și folosirea informațiilor privilegiate*; Flaviu Ciopec, *Follow the money! Confiscarea penală în materia criminalității economice*.

5. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Cercul de Drept comparat și interdisciplinaritate, în ciclul „Conferințele Facultății de Drept” Drept și Literatură, a organizat în cursul lunilor octombrie, noiembrie și decembrie prezentări ale următoarelor lucrări: Raluca Bercea, *Despre juriști*, „Jurnalul unei studente la drept” (de Elena Raluca Cîrjan); „Cititorul din peșteră” (de Rui Zink); Andreea Verteș Olteanu, *Despre „Law and Literature”*, „Neguțătorul din Veneția” (de William Shakespeare); Andrei Lăcătușu, *Despre judecători și despre scriitori*, „Legea copiilor” (de Ian McEwan); Gabriela Glăvan, *Despre drept în literatură*, „Procesul” (de Franz Kafka); Alexandra Mercescu, *Despre ficțiunile juridice și ficțiunile literare*, „Pierre Menard, autorul lui Don Quijote” „Limba analitică a lui John Wilkins” (de Jorge Luis Borges); Georgiana Mârza, *Despre drepturile personalității*, „Insula doctorului Moreau” (de H.G. Wells).

6. În Ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara în colaborare cu Institutul Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților – Centrul teritorial Timișoara, a organizat, în data de 29 octombrie 2015, conferința *Stereotipurile ca obstacol în protejarea eficientă a drepturilor omului la nivel național. Rolul specific al avocaților în identificarea și combaterea lor*, susținută de Ana-Maria Teșbis – Președinte al European Human Rights Association.

7. În Ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, în data de 3 noiembrie 2015, studenții anului IV au fost invitați la susținerea *INM (Tips and Tricks)*, susținută de autorii de justiție: Camelia Albulescu, Mihail Andreca, Anda Avram, Bianca Băra, Alexandru Bonda, Iulia Casap, Denisa Cristea, Anișoara Gălățan, Alexandrina Perian, Oana Suba.

IV. EVENIMENTE

Acordarea titlului de Doctor Honoris Causa

În data de 15 octombrie 2015, a avut loc ceremonia de acordare a titlului de Doctor Honoris Causa Legum Scientiae dlui prof. univ. dr. Ye Qing, Rectorul East China University of Political Science and Law, Vicepreședintele Shanghai Academy of Social Sciences, care s-a desfășurat în Amfiteatrul A01 de la Universitatea de Vest din Timișoara.

Gala premiilor UVT Premiilor UVT pentru excelență – ediția I, decembrie 2015

În data de 8 decembrie 2015, Premiul „Dumitru Mareș” pentru *„Drept și Economie”*, a fost acordat dnei conf. univ. dr. Raluca Bercea.

Premiul „Henri Capitant” pentru cea mai buna teză sau monografie juridică a anului pe teme de drept privat – acordat în colaborare cu Asociația Henri Capitant – România și Uniunea Națională a Notarilor Publici din România

În data de 11 decembrie 2015, Revista Română de Drept Privat a decernat Premiile pentru anul 2014, ceremonie care a avut loc la Facultatea de Drept a Universității din București, Sala „Constantin Stoicescu”.

Premiul „Henri Capitant” a fost decernat dlui conf. univ. dr. Florin Mangu pentru lucrarea *„Răspunderea juridică. Constantele răspunderii civile”*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Premiul „Toma Stelian”, acordat pentru cea mai bună lucrare de Dreptul afacerilor, a fost acordat lucrării *„Tratatul practic de insolvență”*, Editura Hamangiu, București, 2015, coordonator prof. univ. dr. Radu Bufan, coordonatori av. Andreea Deli-Diaconescu și conf. univ. dr. Florin Moțiu.

V. ȘCOALA DOCTORALĂ

Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara

Susțineri teze de abilitare:

1. În data de 7 septembrie 2015, la sediul Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de abilitare cu titlul „*Evoluții legislative și doctrinare în Dreptul procesual civil actual*” de către dna prof. univ. dr. Claudia Roșu.

2. În data de 12 noiembrie 2015, la sediul Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de abilitare cu titlul „*Continuitate și reformă în reglementarea proprietății și a dezmembrămintelor sale*” de către dna prof. univ. dr. Irina Sferdian.

Susțineri teze de doctorat:

1. În data de 23 octombrie 2015, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Izvoarele materiale ale dreptului obiectiv*”, elaborată de doctoranda Kajcsa Andrea, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Gheorghe Mihai.

2. În data de 12 noiembrie 2015, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Tratamentul juridic al supraîndatorării consumatorului. Procedura insolvenței persoanei fizice*”, elaborată de doctoranda Negru Daniela, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Radu Bufan.

3. În data de 7 decembrie 2015, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Viciile de consimțământ*”, elaborată de doctorandul Claudiu-Florin Ban, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Ion Lulă.

4. În data de 12 decembrie 2015, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a fost susținută teza de doctorat „*Drepturile contribuabililor și mecanisme de protecție a acestora*”, elaborată de doctoranda Sorina Doroga, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Radu Bufan.

VI. APARIȚII EDITORIALE

În anul 2015, au apărut următoarele volume întocmite de cadre didactice ale Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.

1. Gheorghe Mihai, Lucreția Dogaru, *Norma juridică și interpretare ei*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Cartea vedește un nou mod de abordare, critic, atât a normei juridice, cât și a metodei de interpretare a acesteia ... într-un limbaj profesionist potențat de un stil particular captivant, convingător și sistematic care ar putea intra în literatura europeană de specialitate”.

2. Viorel Pașca, Flaviu Ciopec, Magdalena Roibu, *Dreptul penal român și dreptul penal maghiar. Probleme actuale*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Volumul de față cuprinde lucrările secțiunii de științe penale din cadrul celei de-a 10-a Conferințe Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 octombrie 2014 de către Facultatea de Drept din Timișoara.

Prima parte a volumului, cea mai consistentă, concentrează dezbateri în jurul reglementărilor naționale privind infracțiunile de corupție, trădare, droguri, crimă organizată, terorism și infracțiuni economice. Sunt grupate în această secțiune și studii ce urmăresc optimizarea unor instituții de drept penal material, precum răspunderea persoanelor juridice, confiscarea extinsă, eutanasia, aplicarea legii penale mai favorabile sau valoarea penală a consimțământului.

În cea de-a doua parte, atenția autorilor a fost captată de procedee cu apetit ridicat pentru controversă, precum camera preliminară, audierea martorilor experți, confruntarea și arestarea preventivă. Am inclus în aceasta secțiune și o abordare nouă în știința criminalistică, bazată pe analiza probabilităților împrumutată din matematică.

În fine, partea a treia grupează contribuții referitoare la dificultățile integrării unor concepte europene în ordinele juridice interne, plecând de la noile valențe ale principiului *ne bis in idem*, trecând prin uniformizarea bazelor de date în materie penală și până la implicațiile unei directive importante asupra modului în care se va prezenta confiscarea penală în viitor. Tot despre viitor este vorba și într-un studiu consacrat emergenței unui drept penal european în materie fiscală.

3. Claudia Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială conform noului Cod de procedură civilă*, ediția a VI-a, Editura C.H. Beck, București, 2015.

După intrarea în vigoare a Legii nr. 134/2010, legiuitorul a intervenit substanțial prin Legea nr. 138/2014 și a modificat varianta existentă a Codului de procedură civilă.

De asemenea, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 462/2014 – referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 13 alin. (2) teza a II-a, art. 83 alin. (3) și art. 486 alin. (3) C. pr. civ., Decizia nr. 266/2014 – privind excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 200 C. pr. civ., precum și a celor ale art. 2 alin. (1) și (1²) și art. 60¹ din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, și Decizia nr. 348/2014 – referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 650 alin. (1) și art. 713 alin. (1) C. pr. civ. a determinat reconsiderarea părților consacrate *Recursului, Medierii și Executării silite*.

Aceste modificări au determinat, în *Ediția a VI-a*, reanalizarea instituțiilor corespunzătoare Părții speciale a Dreptului procesual civil, potrivit noilor orientări.

Partea specială urmărește să explice optica legiuitorului privitoare la desfășurarea procesului civil, în căile de atac, în cadrul procedurilor speciale, a modului în care se desfășoară un litigiu în fața instanțelor arbitrale și în executarea silită, ultima etapă a procesului civil.

4. Florin Moțiu, *Contractele speciale*, ediția a VI-a, revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Prin noul Cod civil, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, s-a realizat o reformă de profunzime a sistemului juridic românesc, în noua reglementare, ca o consecință a abandonării dualismului Cod civil-Cod comercial, s-a impus, în mod logic, includerea a cât mai multor contracte speciale, inclusiv a celor considerate până acum ca fiind apanajul exclusiv al comercianților, și s-a realizat codificarea unor contracte, până acum nenumite (contractul de furnizare, contractul de comision, contractul de consignație, contractul de expediție, contractul de agenție, contractul de intermediere, contractul de întreținere etc.).

Această a șasea ediție a lucrării prezintă 23 de contracte speciale prin prisma noilor reglementări, fiind actualizată la data de 1 octombrie 2015, constituind astfel un instrument util de lucru, atât pentru studenții facultăților de drept, cât și pentru toți practicienii din domeniu.

5. Florin Mangu, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Este o lucrare excelentă cu privire la răspunderea civilă obiectivă, bine documentată și extrem de utilă pentru orice practician. Aceasta se distinge printr-o structură ce facilitează accesul rapid la informație și o suplețe a redactării care stimulează cititorul. Nu în ultimul rând, meritul autorului stă în cercetarea temeinică a practicii judiciare și a doctrinei în materie, inclusiv a surselor externe care au reprezentat modele de inspirație pentru legiuitorul român.

6. Radu I. Motica, Adina R. Motica, *Dreptul familiei aplicat. Cereri și acțiuni cu caracter nepatrimonial*, Editura Hamangiu, București, 2015.

Prin formularea unor modele completate cu expunerea unei stări de fapt imaginate pentru fiecare cerere sau acțiune în parte, adresate în principal instanțelor de judecată competente, au fost scoase în evidență condițiile de admisibilitate, adică cerințele pe care legea le impune pentru valorificarea sau apărarea unui drept dedus judecății. Totodată, cererile și acțiunile au fost completate și cu motivarea în drept, atât a dispozițiilor de drept material, cât și a celor care configurează aspectele de ordin procedural. De asemenea, au fost indicate și mijloacele de probă, adică faptele și actele juridice din care rezultă dreptul invocat (interogatoriul părților, înscrisuri, proba cu martori, expertiza sau cercetarea la fața locului).

Înainte de fiecare categorie de cereri și acțiuni, am procedat la prezentarea unor noțiuni teoretice, pentru ca cititorii să se familiarizeze cu problematica ce se configurează în cererile și acțiunile care urmează a fi expuse.

Cererile și acțiunile redactate nu se referă și la drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților, întrucât cererile și acțiunile cu caracter patrimonial vor face obiectul unei alte lucrări de sine stătătoare.

7. Adina R. Motica, *Dreptul civil al familiei. Raporturile nepatrimoniale. Curs rezumat, spețe și practică judiciară*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Elaborarea acestei lucrări are un scop didactic, și anume acela de a pune la dispoziția studenților „de la drept” un material de lucru pe care aceștia să îl utilizeze pentru pregătirea lor, în special pentru dezbaterile care au loc în cadrul activității seminariale, dar și pentru pregătirea examenului.

La elaborarea sa, a fost avută în vedere în principal Cartea a II-a – Despre familie

(art. 258-534) din Codul civil, precum și unele acte normative care reglementează anumite instituții de Dreptul familiei (Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, Legea

nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă ș.a.).

Dar lucrarea nu are un caracter pur teoretic – așa cum rezultă din chiar însuși titlul său –, ci ea are și un nuanțat caracter practic, prezentând, pe de o parte, unele „spețe” create pentru a face legătura cu noțiunile teoretice explicate, solicitând studenților soluțiile concrete la spețele respective, iar pe de altă parte, au fost incluse și unele soluții apreciate a fi mai semnificative din practica judiciară, publicate pe portalul unor instanțe, în Monitorul Jurisprudenței etc., spre a fi analizate și discutate cu studenții în dezbaterile seminariale.

Și pentru că această lucrare urmează a fi utilizată de studenți pentru pregătirea lor, în special la activitățile seminariale, dar și pentru verificarea ulterioară a informațiilor asimilate, în cuprinsul său au fost incluse și întrebări de verificare a cunoștințelor, destinate fixării noțiunilor de drept prezentate.

Deși lucrarea are un caracter strict didactic, fiind destinată studenților „de la drept”, aceasta nu înseamnă că ea nu poate fi utilizată și de practicieni și chiar de teoreticieni ai dreptului, mai ales că ea conține practica juridică cea mai semnificativă din domeniul raporturilor nepatrimoniale de familie, dar și pentru că în conținutul său sunt prezentate probleme esențiale de ordin teoretic, corespunzător instituțiilor juridice tratate.

8. Adina R. Motica, Veronica Stan, Oana-Elena Buzincu, *Admiterea în notariat. Teste grilă și sinteze teoretice*, Editura Hamangiu, București, 2015.

Ideea acestei cărți s-a născut din dorința de a veni în sprijinul tuturor celor care își propun să accedă în profesia de notar. Utilitatea și calitatea culegerii sunt asigurate, pe de o parte, de propria experiență a autoarelor (în prezent notari stagiați), ce au trecut cu succes printr-un astfel de examen, iar, pe de altă parte, de coordonarea și experiența profesională a unuia dintre specialiștii de vârf ai domeniului, Adina R. Motica, conferențiar universitar, doctor în cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara și notar public.

Este știut că examenul de dobândire a calității de notar stagiar este structurat sub forma a două probe de concurs: examen de tip oral din materia legislației notariale, urmat de un examen scris, tip grilă, din dreptul civil.

Pentru pregătirea temeinică a probei orale, s-a procedat la elaborarea unor sinteze recapitulative în materia instituțiilor de drept notarial care se regăsesc în tematica de concurs. În completare, a patra parte a lucrării cuprinde textul integral al Legii nr. 36/1995, Regulamentul de aplicare a acesteia, precum și Regulamentul de organizare și desfășurare a concursului, actualizate la zi.

În continuare, au fost elaborate grile închise din materia testată la proba scrisă din dreptul civil: partea generală, persoanele, obligațiile, contractele speciale și succesiunile.

Pentru o autotestare cât mai eficientă, la finalul lucrării se regăsesc modele recapitulative, pe care autorii le-au elaborat urmând tipicul examenului, fiecare, 50 de întrebări din toate materiile testate, astfel încât, după parcurgerea testelor și explicațiilor, candidații să poată verifica asimilarea materiei și, de ce nu, cum s-ar descurca în condiții de examen.

9. Flaviu Ciopec, *Confiscarea extinsă: între de ce și cât de mult?*, Editura C.H. Beck, București, 2015.

Tema lucrării abordează o instituție relativ recent introdusă în materie penală, *confiscarea extinsă*, instituție ce nu este încă acomodată perfect în atmosfera represiunii. Europa se schimbă. Confruntată cu evidența unei strategii ineficiente în domeniul combaterii criminalității organizate transfrontaliere, Europa face un pas înainte. Ultima expresie a acestei noi politici penale este introducerea unor prerogative extinse de confiscare la dispoziția autorităților judiciare. Actualmente, acestea au mijloacele de a depista, îngheța, gestiona și neutraliza produsele provenite din săvârșirea de infracțiuni și în special banii, ce reprezintă combustibilul care alimentează cartelurile criminale.

Este prima lucrare publicată în România care analizează exclusiv problema confiscării extinse.

10. Lucian Bojin, *Personalitatea juridică în dreptul organizațiilor*, Editura C.H. Beck, București, 2015.

Lucrarea își propune să surprindă felul în care concepția asupra personalității juridice colective a influențat regimul juridic al organizațiilor, cu aplicare în special în *domeniul dreptului societar*. Demersul nu este cantonat la spațiul juridic românesc, ci la cel occidental în general, însă referirile concrete se raportează, în mare măsură, la dreptul românesc actual (iar, uneori, la cel american și britanic). Evoluția istorică a *dreptului societar* indică o deplasare de la accentul pus pe efectul de integrare al personalității juridice către cel pus pe efectul de fragmentare (dus la apogeul odată cu apariția societăților cu răspundere limitată unipersonale și a grupurilor de societăți). Reacția la dominația efectului de fragmentare a fost dezvoltarea de instrumente juridice care să combată excesele în această direcție și să reechilibreze raportul dintre considerentele de eficiență economică și exigențele etice în domeniul dreptului societar. Lucrarea pune în evidență și comentează fiecare dintre aceste etape ale mutației pe care o suferă personalitatea juridică în evoluția dreptului societar (și a dreptului organizațiilor în general).

Prima abordare românească a dreptului societar (și a dreptului organizațiilor în general) centrată pe influența personalității juridice în evoluția regimului juridic al organizațiilor.

11. Sergiu Popovici, *Executarea silită transfrontalieră. Instrument de consolidare a creditului*, Editura C.H. Beck, București, 2015.

Lucrarea își propune să reunească într-un singur material aspectele legate de executarea silită transfrontalieră, indiferent de proveniența elementului de extraneitate, oferind o analiză critică a prevederilor normative relevante, a legăturilor dintre diferite nivele de legislație sau diferitele domenii de reglementare, urmărind, de asemenea, să ofere o continuitate a elementelor jurisprudențiale și doctrinare existente, în contextul modificărilor legislative.

Trecerea de la abordarea descriptivă a actelor normative în materia executării silită transfrontalieră la o abordare analitică, critică a problematicii, cu propuneri și soluții concrete.

12. Laura Maria Stănilă, *Provocările bioeticii și răspunderea penală*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Intervenția legiuitorului prin mijloace de drept penal în câmpul de desfășurare al bioeticii este o chestiune delicată și extrem de discutată la ora actuală. Cele două curente care își dispută supremația în protejarea eficientă a valorilor sociale identificate în câmpul de activitate al bioeticii neagă și, respectiv, aplaudă procedeul incriminării.

O reglementare extrapenală răspunde atât dezideratului eficienței protecției valorilor sociale din domeniul bioeticii, cât și al bunului simț, întrucât rezultatul final al unor cercetări este departe de a fi aflat, o interzicere sub sancțiune penală a acelei activități fiind inutilă și injustă.

Putem numi contrapозиția bioeticii cu răspunderea penală, confruntarea secolului, fără a încerca să atribuim un dramatism exagerat punerii problemei, întrucât dramatismul confruntării este inerent și facil de perceput.

13. Voicu Pușcașu, *Dreptul la tăcere și la neautoincrimare*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Prezenta monografie, care înglobează munca de aproximativ un an și jumătate desfășurată în cadrul unui proiect de cercetare postdoctorală la Facultatea de Drept din cadrul din Universității de Vest din Timișoara, a fost gândită *ab initio* într-o viziune preponderent practică, firul argumentativ fiind construit în jurul deciziilor fundamentale pronunțate în această materie de instanțe prestigioase de la nivel european și internațional, perspectiva de drept comparat fiind singura care poate reliefa în mod autentic profunzimea instituției cercetate, dar și lacunele, viciile și punctele forte ale reglementării naționale propuse de noul Cod de procedură penală.

Prioritar, reperatele de drept comparat au vizat atât jurisprudența Curții Supreme americane, dar și a Curții Europene a Drepturilor Omului, nefiind neglijate reglementările principalelor state cu tradiție juridică în recunoașterea dreptului la tăcere și la neautoincrimare, dându-se posibilitatea cititorului nu doar de a lua cunoștință de acestea, dar și de a urmări, comparativ, realitățile actuale din sisteme procesual penale cu filosofii substanțial diferite. De asemenea, sunt aduse în atenția cititorului și principalele surse bibliografice internaționale în această materie, fiind puse în discuție opiniile controversate exprimate asupra unora dintre problemele generate în procesul de corectă interpretare și aplicare a dreptului la tăcere și la neautoincrimare.

Față de vastitatea temei, prezenta lucrare poate constitui un semnificativ pas înainte în cercetarea acestei instituții juridice în doctrina noastră post-decembristă, prea puțin preocupată de analiza de detaliu a acestei instituții de prim rang în contemporaneitatea procedurii penale.

14. Flaminia Stârc-Meclejan, *Responsabilitatea socială corporativă și nevoia de noi principii în dreptul societar*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Principala noastră intenție este să ne convingem cititorii că a venit timpul unei schimbări de perspectivă asupra premiselor dreptului societar. Pe parcurs, vom demonstra în acest scop că societățile comerciale și activitatea pe care o desfășoară nu mai pot fi înțelese în mod izolat, ci numai ca elemente ale sistemului social mai larg, căruia ele îi aparțin. Oferind cadrul în care societățile pot funcționa, pentru a-și procura profit, el impune în același timp „regulile jocului”, în afara cărora, așa cum istoria ne-a învățat, nimeni nu poate câștiga.

Cei ce suspectează că agenda acestui proiect este exagerat de largă au probabil dreptate. Mai multe dintre conceptele și principiile tratate sunt, luate individual, subiect pentru o nouă carte. Dar, prin faptul că le oferă acestora prilejul de a se întâlni, pentru a „rediscuta” proporțiile de economic, etic sau social ale

„fairplay”-ului ce garantează succesul societăților comerciale, cartea noastră sperăm să contribuie la progresul, teoretic și practic, al dreptului societar.

15. Alin Trăilescu, *Răspunderea patrimonială pentru obligațiile fiscale*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Lucrarea de față a apărut pe fondul lipsei din spațiul juridic românesc a unei teorii generale a obligațiilor fiscale, precum și a unei analize amănunțite a răspunderii patrimoniale pentru aceste obligații.

Tratarea obligațiilor fiscale atât din perspectiva Codului de procedură fiscală, aprobat prin O.G. nr. 92.2003, cât și prin raportarea la noul Cod de procedură fiscală, aprobat prin Legea nr. 207/2015, care va intra în vigoare la data de 1 ianuarie 2016, este de natură să trezească interesul teoreticienilor și practicienilor dreptului, atât al celor dedicați dreptului public, cât și al celor implicați în studiul dreptului privat.

Conținutul lucrării se caracterizează prin analiza obligațiilor fiscale în comparație cu obligațiile civile, prin propuneri de soluții legislative și jurisprudențiale în legătură cu executarea acestor obligații, precum și prin examinarea și deslușirea problemelor legate de răspunderea patrimonială pentru obligațiile fiscale, fiind evidențiată jurisprudența instanței supreme și a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

16. Alin Speriusi-Vlad, *Apelul în procesul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2015.

Anterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, apelul a mai existat în legislația procesual civilă din România, dispozițiile care îl reglementau fiind abrogate de legiuitorul comunist din iunie 1952, pentru ca, ulterior, să fie reintroduse în vechiul Cod de procedură civilă, prin Legea nr. 59/1993. În prezent, sediul materiei este reprezentat de art. 466-482 NCPC. Orice analiză făcută în acest domeniu reprezintă un studiu de caz, al implementării noilor coduri în România.

Apelul, dincolo de a fi o cale de atac comună, ordinară, de reformare, devolutivă, suspensivă de executare, reprezintă o transpunere a caracterului formalist al procesului civil. Acest caracter formalist, aplicabil oricărei proceduri judiciare, inclusiv celei penale, scoate în evidență, după cum spune prof. univ. dr. Ligia Cătuna că „procedura este un rit”, care trebuie respectat întocmai pentru a-și atinge obiectivele, respectiv stabilirea adevărului judiciar și, pe cale de consecință, stingerea conflictului care l-a determinat pe reclamant să sesizeze instanța de judecată. Mai precis, în cazul procesului civil, apelul nu este altceva decât o etapă în stabilirea adevărului judiciar, etapă care este parcursă de părțile procesului la inițiativa celei nemulțumite, în orice mod, de hotărârea judecătorească a primei instanțe.

Într-o formă sintetică, utilă oricărui practician al dreptului, dar suficient de argumentată pentru toți juriștii, monografia răspunde unor întrebări precum: ce este apelul, ce hotărâri judecătorești pot fi atacate cu apel; cine poate declara apel și cine poate participa la judecarea apelului; ce se poate solicita instanței de apel,

respectiv cum se poate critica hotărârea atacată și ce poate analiza instanța de apel, care este termenul de apel; cum se judecă apelul, atât în privința chestiunilor preliminare, a excepțiilor procesuale, cât și a administrării probelor, a dezbaterii pe fondul cauzei și a soluțiilor instanței de apel; dar și care sunt remediile împotriva hotărârilor instanței de apel.

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

Lucrarea analizează creația intelectuală ca și bun incorporeal prin raportarea permanentă a dispozițiilor noului Cod civil la legislația specială și viceversa. Premisa de la care pleacă acest studiu este că dreptul proprietății intelectuale formează un domeniu unitar de studiu, diferențele dintre dreptul de autor și proprietatea industrială fiind neesențiale, pe plan conceptual, acest ansamblu unitar făcând parte (dintotdeauna) din dreptul civil. De aceea, legislația specială, oricât de specifică ar fi, trebuie în permanență, analizată, interpretată și (până la urmă) înțeleasă prin raportarea la normele, regulile și principiile dreptului civil astfel cum se regăsesc ele (astăzi) în noul Cod civil.

Este singura lucrare care analizează creațiile intelectuale și drepturile asupra acestora prin prisma reglementării bunurilor incorporeale din noul Cod civil. Pentru prima dată sunt identificate și descrise *condiții generale de protecție pentru toate creațiile intelectuale* (opere, invenții, mărci etc.). Dintr-o perspectivă totalmente nouă este analizată protecția drepturilor din acest domeniu pe plan procesual, fiind abandonate teoriile clasice asupra acțiunii în contrafacere.

Cuprins

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

SECȚIUNEA DE DREPT PUBLIC

1. Is The Right to Silence Limitable In Criminal Procedure? Dr. habil. Csongor HERKE, PhD student Daniel ANTAL.....	5
2. The definition of criminal organization and consequences of committing crime in the framework of a criminal organization under Hungarian criminal law Associate Professor Ph. D. dr Ágnes BALOGH	15
3. Câteva considerații în legătură cu neconstituționalitatea dispozițiilor art. 132 din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA	27
4. Un tip specific de relație în gândirea juridică: imputabilitatea Lect. univ. dr. Dana DIACONU.....	36
5. O ipoteză de aplicare a principiului <i>ne bis idem</i> în materie penală Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC.....	47
6. Discuții referitoare la propunerile de modificare a legislației în materia achizițiilor publice Lect. univ. dr. Sergiu I. STĂNILĂ	53
7. Persoana juridică – subiect activ al infracțiunii de evaziune fiscală Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ.....	77
8. Stingerea obligațiilor fiscale prin darea în plată Lect. univ. dr. Alin A. TRĂILESCU.....	92
9. Sancțiunea excluderii probelor: fructul otrăvit din grădina Curtii Europene a Drepturilor Omului? Lect. univ. dr. Magdalena ROIBU	105
10. Principii de bază ale fiscalității – Considerații generale – Asist. univ. dr. Sorina DOROGA.....	116
11. Inspecția Judiciară și Mecanismul de Cooperare și Verificare Judecător Dragoș-Mihail MIHAIL.....	135

SECȚIUNEA DE DREPT PRIVAT

1. The Sarbanes-Oxley Act – An Answer to Corporate Governance Scandals	
---	--

Associate professor Dr. habil András KECSKÉS PhD	150	
2. Valorificarea bunurilor din patrimoniul cultural național Prof. univ. dr. habil. Claudia ROȘU	174	
3. Considerații privind adaptarea regimului matrimonial în situații de criză conjugală Conf. univ. dr. Adina Renate MOTICA	186	
II. CONTRIBUȚII STUDENȚEȘTI		
1. Considerații generale privind egalitatea și discriminarea Drd. Iulia Georgia ROȘIANU COCOȘ	196	
2. Dreptul european al consumului din perspectiva Directivei 93/13 privind clauzele abuzive și a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene Drd. Ioana Camelia BUCIU	231	
3. Considerații privind criteriile de alegere a diverselor regimuri matrimoniale Drd. Anca Doriană MUNTEAN	260	
4. Unele considerații critice asupra Avizului 2/13 al Curții de Justiție a Uniunii Europene Student master Andrei DRĂGAN	272	
III. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE		
Conferințele Facultății de Drept	289	
IV. EVENIMENTE		
Acordarea titlului de Doctor Honoris Causa	295	
V. ȘCOALA DOCTORALĂ		
Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara	298	
VI. APARIȚII EDITORIALE.....		300

