

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

– *SERIA DREPT* –

Facultatea de Drept din Timișoara – 25 de ani

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

– *LAW SERIES* –

Timisoara Faculty of Law – 25 years

Nr. 1/2017

Revistă indexată în bazele de date internaționale HeinOnline și EbscoHost

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 SPERIUSI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal și Drept procesual penal
Lect. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

Secțiunea de Drept public

Various Types of Interactions between Legal Systems within European and International Legal Order

Prof. Dr. **Rodoljub ETINSKI***
University of Novi Sad
Faculty of Law

Abstract

Interactions between legal systems may be categorized as interactions in the creation of law and interactions in the interpretation and application of the law; in formal, regulated and informal, unregulated interactions; in direct and indirect interaction; and in compulsory and voluntarily interactions. There are various reasons for the interactions between legal systems. Interactions between States as well as interactions between States, international and supranational organizations at regional and global levels in fields such as economy, environment or security make political background for interactions between legal systems.

Keywords: *interaction, legal systems, legal order*

Rezumat

Interacțiunile dintre sistemele juridice pot fi clasificate drept interacțiuni în crearea legii și interacțiuni în interpretarea și aplicarea legii; în interacțiuni formale, reglementate și informale, nereglementate; în interacțiuni directe și indirecte; și în interacțiuni obligatorii și voluntare. Există diferite motive pentru interacțiunile dintre sistemele juridice. Interacțiunile dintre state, precum și interacțiunile dintre state, organizațiile internaționale și supranaționale la nivel regional și global, în domenii precum economia, mediul sau securitatea, fac din mediul politic fundalul interacțiunilor dintre sistemele juridice.

Cuvinte-cheie: *interacțiuni, sisteme juridice, ordine publică*

Introduction

For the purpose of this paper the terms “interaction between legal systems” will mean an influence which one legal system produces on another and which results in a legal change. The legal change means the creation of a new legal rule, the change, suspension or termination of an existing legal rule or the change of interpretation of a legal rule. We can differentiate interaction between legal systems, when a legal change affects the system as a whole or the fundamental rules of the system, and interaction

* etinski@pf.uns.ac.rs

between provisions of the two or more legal systems, when a legal change affects a provision of the other legal system. Under the term “legal system” I implicitly underscore here national, international and supranational legal systems.

Interactions between legal systems may be categorized as interactions in the creation of law and interactions in the interpretation and application of the law; in formal, regulated and informal, unregulated interactions; in direct and indirect interaction; and in compulsory and voluntarily interactions. I will consider the above mentioned types and factors determining interactions.

Interactions on the level of legal systems and on the level of particular provisions of the legal systems

The establishment of compatibility between certain legal systems requires, sometimes, a substantial change in one of them. It happens, for example, when a dualist State joins a supranational legal system, such as the EU legal system. One of the core characteristics of a dualist State is that international treaties and acts of international organizations do not produce direct effects in its legal system and that a legislative action of a national parliament is necessary to implement an international legal act in a domestic legal system. That characteristic of dualist systems is an obstacle for direct effect of some sources of EU law. To enable direct effects of the sources of EU law, the dualist States have to change their basic rules or legal tradition governing the relationship between their legal systems and international legal system. The United Kingdom adopted the European Communities Act¹. Ireland amended its Constitution, by inserting new Article 29.4.3, whose second sentence stated: “No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State necessitated by the obligations of membership of the Communities or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the Communities, or institutions thereof, from having the force of law in the State”². The Italian Constitutional Court interprets Article 11 of the Constitution, which foresees that Italy may accept ‘limitations of sovereignty necessary for an order that ensures peace and justice among Nations...’³, as

¹ A. Dashwood, *The British Way: The Cohabiting with Community Law*, in A.E. Kellerman, J.W. de Zwaan, J. Czueczai, ed. *EU Enlargement, The Constitutional Impact at EU and National Law*, The Hague, 2001, p. 81; J. Forman, *The European Communities Act 1972, Common Market Law Review*, 1973, p. 39. The second section of the Act reads: “All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly...”.

² The Article was supplemented by authorizations for acceptance of new founding treaties or amendments of them. Later the quoted sentence was amended as follows: „No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State necessitated by the obligations of membership of the European Communities or of the Communities or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities, or institutions thereof, or by bodies competent under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State.”

³ Italian Constitutional Court decision (2007) No. 349 (n 76) para 6(1).

a legal basis for direct effects of EU law. Other State Members to the EU adapted also their constitutions to the requirement of EU law, but the changes were not as radical as in dualist States⁴. Legal systems of all countries, joined the EU, had been changed also by absorption of *acquis communautaire*.

Sometimes, such sort of deep changes is more matter of legal pragmatism, than strictly a legal necessity. Due to the particular characteristics of the European Human Rights System, established by the European Convention on Human Rights, some dualist Contracting Parties have formally instructed their courts to follow case law of the European Court of Human Rights. It is the case, for example, with the United Kingdom⁵ and Ireland⁶. However, in the case of difference between UK law and the European Convention on Human Rights, when interpretation compatible with the Convention is not possible, the UK courts will apply domestic law and issue a declaration of incompatibility. The latter: '[...] will activate a sort of fast-track procedure for the alteration of the domestic legislation by the Parliament, so as to bring British law into line with the European Convention law'⁷. It had already been said that these legal changes in British law were not formally required by the European Convention on Human Rights, but they were result of pragmatic reasoning, which was not followed, for example in the Italian legal system, also dualist⁸. Conversely, when the European Court of Human Rights interprets a provision of the European Convention on Human Rights it takes

⁴ See further, E. Ciongaru, *The monistic and the dualistic theory in European Law*, Institute of Legal Research „Acad. Andrei Radulescu” of Romanian Academy, available at http://www.ugb.ro/Juridica/Issue1EN/10_Teorie_monista_si_dualista_in_dreptul_europeanCiongaruEN.pdf

⁵ The UK Human Rights Act 1998 s 2(1) reads: "A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, (b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention, (c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or (d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention, whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen".

<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/2>> accessed 25 February 2015.

⁶ The relevant provisions of the Republic of Ireland's European Convention on Human Rights Act 2003 are: "2.(1) In interpreting and applying any statutory provision or rule of law, a court shall, in so far as is possible, subject to the rules of law relating to such interpretation and application, do so in a manner compatible with the State's obligations under the Convention provisions. 3. – (1) Subject to any statutory provision (other than this Act) or rule of law, every organ of the State shall perform its functions in a manner compatible with the State's obligations under the Convention provisions. 4. Judicial notice shall be taken of the Convention provisions and of – (a) any declaration, decision, advisory opinion or judgment of the European Court of Human Rights established under the Convention on any question in respect of which that Court has jurisdiction, (b) any decision or opinion of the European Commission of Human Rights so established on any question in respect of which it had jurisdiction, (c) any decision of the Committee of Ministers established under the Statute of the Council of Europe on any question in respect of which it has jurisdiction, and a court shall, when interpreting and applying the Convention provisions, take due account of the principles laid down by those declarations, decisions, advisory opinions, opinions and judgments". <<http://www.irishstatutebook.ie/2003/en/act/pub/0020/print.html>> accessed 25 February 2015.

⁷ S.C. Neff, "United Kingdom", in D. Shelton (ed), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, 2011, 626, and A. Speriusi-Vlad, *Drepturile patrimoniale în proprietatea intelectuală*, 2014, 27-35, 125-145.

⁸ See more in R. Etinski, S. Djajić, *Direct Effect of the European Convention on Human Rights*, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade (Belgrade Law Review)* 3/2015, 91-111.

into account the particularities of different European legal systems, for example, of the common law system, and recognizes unwritten law as the law suitable to limit human rights. The European Court of Human Rights has extended the breath of its legal standards to cover some differences among legal systems of the parties.

Interactions at the level of particular provisions of legal systems are much more frequent. It might be common to all judges, equally in monist and dualist States, that they interpret a domestic provision in a way that is friendly to an international provision. The modes of changes in national legal systems depend on their monist or dualist traditions and domestic legal usage. Larger number of changes of particular provisions, which were spread through a legal system, may have cumulative effect of a change of whole system.

Interactions in creation of law and interaction in interpretation and application of law

According to the legal change resulting from interaction, the interactions between legal systems can be divided in the interactions in creation of the law and the interactions in interpretation of the law. The general legal principles are yield of interactions of all legal systems at the level of spirit of the law. The general principle of EU law resulted partly from interaction between constitutional traditions of all State Members. We have seen above that State Members to the EU have adapted their legal systems to the EU legal system by constitutional amendments or by new laws. The implementation of international treaties or EU directives happens by national legislation, by the creation of new national provisions. The European Court of Human Rights sometimes requires a party to enact a new law. The interactions in creation of law happen also beyond the sphere of the harmonization of domestic law with international law and EU law. When governments prepare drafts of new laws for parliaments, they investigate comparative legal practices and transplant legal ideas, which are appropriate for their domestic needs. Equally, the diplomats, who prepare drafts of international conventions, sometime find inspiration in national legal systems.

The interactions in the interpretation and application of the law are the usual interactions between a domestic and an international provision in domestic judicial proceedings. The domestic judges interpret a domestic provision searching the meaning that is compatible with an international provision. However, when that is not possible, a legislative power should take action and adjust a domestic provision to an international obligation. That should be equally valid for domestic laws and constitutions. The European Court of Human Rights does not hesitate to ask a change of constitutional provision if not in accordance with the Convention.

Formal, regulated and informal, unregulated interactions

Each legal system has general rules which govern its interactions with other legal systems. Furthermore, some legal acts have particular provisions which regulate their

interaction with provisions of other legal systems. National constitutional rules, written or unwritten, govern interactions with international and supranational legal systems. Usually, they state whether and what international rules – customary, general principles of conventional international law – or all of them are directly applicable in domestic legal systems. Also, implicitly or explicitly, they resolve conflict between a domestic, international and supranational provision. The rules of private international law resolve conflict between domestic provisions and foreign provisions. On the other hand, international law contains customary rules as well as the provisions in the Vienna Convention on the Law of Treaties, which secure supremacy of international provisions over national provisions. Equally, the Treaty on the Functioning of the EU contains provisions which, together with judicial findings of the European Court of Justice, regulate effects of founding treaties and legal acts of the EU in internal legal systems.

These aforementioned rules do not exhaust all domestic and international rules regulating interactions between domestic, international and supranational provisions. Certain singular domestic or international acts, like national procedural laws or international conventions on human rights, contain provisions dedicated to regulating interaction of those acts with provisions of other legal systems. The concept of “the margin of appreciation”, developed by the European Court of Human Rights, plays a certain role in such regulation. Articles of 31 (3, b) and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties require consideration of the subsequent practice in the application of a treaty, by the parties, in interpretation of the treaty. If comparative analysis of practices in the application of a treaty disclose certain uniformity that reflects an informal agreement among all or some parties in respect to interpretation of a provision, it becomes relevant for the interpretation.

Contrary to formal interactions, those that happen according to the established national or international rules, there are informal interactions, which run beyond these rules. The visible example of an informal interaction can be found in the judgment of the US Supreme Court in the case *Roper v. Simmons*⁹ of 2005. The Supreme Court considered constitutionality of the juvenile death penalty. In previous judgments the Court found that the juvenile death penalty was constitutional. But in the case *Roper v. Simmons* the Court changed its finding. The majority of the Court found support for the change in the comparative practices of other States and in international conventions. Justice Kennedy, who delivered the opinion of the Court, stated: “...it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty”¹⁰. He remarked: “The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions”¹¹. The Supreme Court was not formally obliged to follow more or less unanimous practices in other States against the juvenile death penalty, but the Court took it into account as a firm support for its decision.

⁹ 543 U.S. _ (2005).

¹⁰ *Ibidem*, 23.

¹¹ *Ibidem*, 24.

Another visible example of informal interactions is visible in the judgment of the European Court of Human Rights in the case *Christine Goodwin*¹². The Court based its decision on a continuing international trend towards recognition of the legal consequences of a change of sex¹³. The continuing international trend was illustrated by the judgment of the European Court of Justice in *P. v. S. and Cornwall County Council* of 30 April 1996¹⁴, by the legislative changes in Singapore, Canada, South Africa, Israel, Australia, New Zealand and the United States of America¹⁵ and by practice of courts in Australia, New Zealand and the United Kingdom¹⁶. Except in respect to the United Kingdom, there was not any rule that would oblige the to consider practice of States or the EU, which were not parties to the European Convention on Human Rights. The Court did not assert that the mentioned practice created any international rule that is applicable between the parties to the European Convention. It has simply relied on the continuing international trend in a world and changed its previous position concerning the considered issue. The two examples show the informal influence of converging trends in other legal systems on the interpretation of the national constitution by the US Supreme Court and to the interpretation of European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights.

There should be no doubt that spectrum of various modes of informal interactions is rich. That sort of interactions is typical for relationships between the courts that adhere to different legal systems. For example, the Inter-American Court of Human Rights refers to case law of the European Court of Human Rights. Or, the International Court of Justice refers to the practices of specialized bodies, when it interprets particular international rules that are subjected to the competence of these specialized bodies. Students educated abroad will bring with them foreign legal ideas and transplant them into their own domestic legal systems. Foreign experts, who extend technical support in reforming legal systems of another country, will apply legal solutions from their countries etc.

Direct and indirect interactions

Under “direct interaction” we understand a legal change which happens in the direct meeting of provisions of two legal systems. National provisions are in direct interaction with those provisions of EU law that produce direct effect. Or, when a national judge interprets a national provision in light of international provision, the two provisions are thus in direct interaction. Indirect interactions happen via a mediator, which can be a third legal system or an international or supranational court.

The influences among national legal systems may occur via international law or EU law and via international or EU bodies. An especially important vehicle on the indirect

¹² *Christine Goodwin v The United Kingdom* (App. No. 28957/95), GCh Judgment of 11 July 2002.

¹³ *Ibidem*, para 85.

¹⁴ *Ibidem*, para 42.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, para 84.

interactions is a practice in the application of an international treaty which reflects a common understanding of all or some of the parties and which is a means of interpretation of the treaty, provided by Articles 31 (3, b) and 32 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties. According to Article 31 (3,b), the uniform practice of the application of a treaty provision, which disclosed an informal agreement among all parties in respect of its interpretation, provides an authentic means of interpretation of an international treaty. However, if the practice does not reflect a common understanding by all parties, but only some of them, or even of only one of them, such practice offers a supplementary means of interpretation, based on Article 32 of the Vienna Convention. The European Court of Human Rights frequently uses these means of interpretation¹⁷. It means that converging and a similar enough interpretations of a provision of the European Convention in the majority of State Parties via Article 32 of the Vienna Convention, applied by the European Court of Human Rights, determines usually interpretation of the same provision in minority of State Parties¹⁸. The general principles of EU law, as they are developed by the European Court of Justice, are a good example of the indirect interactions. The similarities of legal traditions between State Members to the European Communities resulted, by judgments of the European Court of Justice, in a new source of EU law.

Indirect interactions can be illustrated in the relationship between the EU and the European Court of Human Rights. The Maastricht Treaty obliged the EU institutions to respect the European Convention of Human Rights, but since the EU is not a party to the European Convention on Human Rights, the case law of the European Court of Human Rights do not produce direct effects on the EU, but only indirectly via Member States. The EU institutions have to change EU legislation to enable Member States to respect the case law of the European Court of Human Rights. Proposing changes of the Dublin II Regulation, for example, the European Commission referred to the case law of the European Court of Human Rights¹⁹. Certain changes were necessary to enable the Member States to respect the European Convention, as interpreted in the case law of the European Court of Human Rights.

The judgments of the European Court of Justice in cases *Kadi* and *Al Barakaat*²⁰ are nice examples of indirect interaction between EU and UN legal systems. The judgments

¹⁷ R. Etinski, *Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation, Thematic Collection of Papers, Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, Novi Sad, 2015, 17-36.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, COM(2008) 820 final, Brussels, 3.12.2008, para 17 at p. 18.

²⁰ Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf, Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union*, Commission of the European Communities, Judgment of 21 September 2005, para. 277, Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union*, Commission of the European Communities, Judgment of 21 September 2005, para. 226, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union*, Judgment of 3 September 2008, para. 287, Case T-85/09, *Kadi v. Commission*, 30 September 2010, Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Judgment of 18 July 2013.

of the European Court of Justice did not touch the resolutions of the Security Council, since they are immune to judicial review, though by means of annulling the regulations of the EU Council, which had implemented the resolutions, they deprived the resolutions of their effects in EU legal system.

Compulsory and voluntarily interactions

Regulated interactions are usually compulsory and informal interactions are usually voluntarily. The regulated interactions usually run in accordance with national, international or supranational rules that govern the effects of legal acts and establish hierarchical order among them. Disrespect of these rules results in a breach of them. The legal players are obliged to follow these rules. The informal interactions depend on the free will of legal players. They can accept a foreign legal idea, but if they do not, they are not in breach of the law. However, that does not mean that all regulated interactions are necessarily obliged interactions. The concept of “margin of appreciation,” established by the European Court of Human Rights, leaves limited freedom to the parties to interpret the provision of the European Court of Human Rights in accordance with their national expectations. They can watch the practice of other parties, but they are not obliged to follow it. Or, particular provisions of human right treaties leave the possibility to the parties to establish higher standards of human rights, higher standard than those established by the treaties. They can do that, if they wish to do so, but they are under no obligation in this regard.

Factors determining interactions

There are a few reasons for the interactions between legal systems. If the provisions of two legal systems govern the same social relationship between the same subjects, certain interactions between these provisions are necessary. Another reason for interactions is an attractiveness of a legal system due to its legal achievements. In the creation or interpretation of the law, an advanced legal solution can be transplanted from one to another legal system. The similarities between legal solutions in the majority of legal systems may activate various interactions, as we have seen above. Interactions between legal systems are part and parcel of total regional and global interactions between international subjects. Various interactions between States as well as between States, international and supranational organizations at regional and global levels in fields such as economy, environment or security are material framework for interactions between legal systems. Consequently, political, economical and other considerations determine these interactions.

The various types of interactions depend on many factors, among which the openness of legal systems and the breadth of legal opinions of lawyers might have a direct bearing and special importance. Each legal system governs its relationships with other legal systems. The national legal systems of dualist traditions and national legal systems of

monist tradition differ in respect to the types of interactions. Dualism enables the interactions with international treaties through legislative action of a national parliament by transforming the provisions of a treaty into internal law. Monist systems allow a direct application of an international treaty and allow interactions with international law to be performed by the judiciary. Monist systems differ among themselves in respect of the scope of international treaties, whose direct applicability they enable. The most intensive interactions exist between the EU legal system and the national legal systems of State Members.

Some qualities of international provisions may also determine a type of interaction. If an international provision is so broad that its direct application by national courts is not appropriate, it requires national implementing act²¹. Broadminded lawyers will consult legal solutions in other legal systems when they create or apply a law, especially in complex and unclear situations.

Rules on interactions, especially rules which govern relationships between provisions of different legal systems, are created by intent, to establish an order or a hierarchy among provisions of different legal systems. However, such intent is sometimes supplemented and modified by intent of preserving basic social values.

Conclusions

The interactions between legal systems can be defined as an influence that one of them produces on another and which results in a legal change. The legal systems comprehend national, international and supranational systems. The interactions run at the level of legal systems and more frequently at the level of provisions of two or more legal systems. They may be categorized as interactions in the creation of the law and interactions in the interpretation and application of the law; in formal, regulated and informal, unregulated interactions; in direct and indirect interaction; and in compulsory and voluntarily interactions. Each legal system contains provisions which govern the relationship between its provisions and provisions of other legal systems. Such provision regulate a good part of interactions between the provisions of different legal systems and such interactions are usually compulsory, they do not depend on the will of legal players. Informal, unregulated interactions are voluntarily. If provisions of two or more legal systems do not interact directly, but through a third legal system, such interactions are indirect.

The reasons for such interactions can be varied. If the provisions of two legal systems are applicable to the same social relationship between the same subjects, the interaction between these provisions is expected. Legal progress in a system can inspire open-minded layers to transplant its achievements into other systems. Similar legal solutions in a majority of States can produce influence in a minority of States.

²¹ Y. Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law*, *The European Journal of International Law*, 5/2006, pp. 907-940.

Various interactions between States as well as between States, international and supranational organizations at regional and global levels in fields such as economy, environment or security make political background for interactions between legal systems. It means that interactions between legal systems are determined not only by legal factors than also by political, economical and other factors.

Positive tolerance and solidarity. A paradigm change to counter the “Globalization of indifference”

Prof. **Cristina Hermida del LLANO***

PhD, Prof. Jean Monnet

Universidad Rey Juan Carlos

Department Public Law II and Philology

Abstract

The 21st century is witness to a globalization of indifference that derives from an erroneous understanding of the concepts of tolerance and solidarity, which especially affects immigrants. Here, we analyze the importance of immigrants achieving a true cultural integration within the European Union. We advocate for minority rights, and freedom to congregate, worship and to speak one's own language. This requires a broader discourse on identifying the structure factors that underlie discrimination and creating policies to facilitate equality of opportunity and outcome. The essential task is to decide what constitutes the maximum acceptance of diversity, and what is the minimum acceptance. Tolerance should be considered as being distinct from the sentiment of indifference. One should turn to positive tolerance and the value of solidarity as a relational concept, as these two are the cornerstones for the construction of a democratic Europe that is both coherent and truly capable of resolving the issues concerning migration in the European Union.

Keywords: *immigrant, minority rights, tolerance, solidarity, freedom to congregate, worship and to speak one's own language*

Rezumat

Secolul 21 este martorul unei globalizări a indiferenței ce decurge din înțelegerea eronată a conceptelor de toleranță și solidaritate, care afectează în special imigranții. Prezenta lucrare analizează importanța realizării unei integrări culturale reale a imigranților în cadrul Uniunii Europene. Susținem în acest sens drepturile minorităților și libertățile de întrunire, de religie și de exprimare în limba maternă. Este necesară o discuție mai largă, însă, privitoare la identificarea factorilor structurali care stau la baza discriminării și crearea unor politici care să faciliteze egalitatea șanselor și a rezultatelor. Sarcina noastră principală este să stabilim ce înseamnă acceptarea maximă a diversității și acceptarea minimă. Toleranța ar trebui considerată ca fiind distinctă de sentimentul de indiferență. Trebuie să ne îndreptăm atenția asupra toleranței pozitive și asupra

* cristina.hermida@urjc.es

valorii solidarității ca și concept relațional, deoarece acestea sunt pietrele de temelie în construcția unei Europe democratice, care este atât coerentă, cât și cu adevărat capabilă să rezolve problemele legate de migrație în Uniunea Europeană.

Cuvinte-cheie: *imigrați, drepturile minorităților, toleranță, solidaritate, libertățile de întru-nire, de religie și de exprimare în limba maternă*

21st century society should reflect not only upon the asymmetries produced by globalization, but also on the moral or immoral qualities inherent in such a phenomenon. As a matter of fact, there are those who justifiably sustain that we are confronted with a “globalization of indifference” which, as I will try to show, comes from a misunderstanding of the concepts of “tolerance and solidarity”.

There have been many attempts to shed light on this problem, which especially affects the treatment of foreigners in many countries, above all since the refugee crisis in the summer of 2015. Truly, these issues are not easy to resolve. One could say that on one side there are those that support a framework of cosmopolitan generosity, that entrusts to the population the mission of “imagining”, both spontaneously and generously, other people, and doing such as a matter of course; on the other side, there are those that try to resolve the problem of human ‘differences’ through constitutional design: they attempt to radically eliminate the structurally unfavourable position of ‘foreignness’¹.

From my point of view, we need the two perspectives to resolve the issue affecting so many persons in Europe and, therefore, one should not consider the two to be mutually exclusive, but rather complementary perspectives.

EU Member States, both as members of the whole and separately, can act successfully not only if they are able to solve demographic problems² or the question of sustainable economic development, but to solve the important problems of social cohesion. We should be reminded that “cultural integration is a key element of the migrant’s life in their new homeland (no matter whether this was a voluntary or a forced choice), that is why it has to be analyzed more deeply”³. As Bodonyi said: “Reasons of migration were similar in different historical periods and nowadays: unequal development and crisis areas (from time to time forced migration, deportation and population exchange mainly because of political reasons). The dominant forms of migration can be distinguished according to the motives (economic, family reunion, refugees) or legal status (irregular migration, controlled emigration/immigration, free emigration/immigration) of those concerned. Most countries distinguish between a number of categories in their migration

¹ E. Scarry, “La dificultad de imaginar a otras gentes”, in M.C. Nussbaum: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, Barcelona, 1ª ed. 1999, cit. by ed. 2013, p. 129.

² M. Pachocka, “Population Matters?. European Integration Process During a Demographic Change”, in *How Borderless is Europe. Multi-disciplinary approach to European Studies*, István Tarrósy (ed.), Jean Monnet Centre of Excellence, University of Pécs, Pécs, 2015, pp. 61-72.

³ I. Bodonyi, “Immigrants and Minorities. The Contradictions and Barriers of the Cultural Integration”, in *How Borderless is Europe. Multi-disciplinary approach to European Studies*, op. cit., p. 84.

policies and statistics. The variations existing between countries indicate that there are no objective definitions of migration”⁴.

A previous question is who the migrants really are. In her first report (E/CN.4/2000/82), the Special Rapporteur proposed that the following persons should be considered as migrants:

“(a) Persons who are outside the territory of the State of which they are nationals or citizens, are not subject to its legal protection and are in the territory of another State;

(b) Persons who do not enjoy the general legal recognition of rights which is inherent in the granting by the host State of the status of refugee, naturalized person or of similar status;

(c) Persons who do not enjoy either general legal protection of their fundamental rights by virtue of diplomatic agreements, visas or other agreements”⁵.

In spite of the fact that the integration process has achieved more or less success, first of all in the traditionally recipient countries, there is a growing discontent from the side of the immigrants and from the side of the hosting societies as well. “Generally, immigrants are in the focus of researches, but it is also seems to be important to analyse the recipient societies in details and continuously (how capable they are of accepting willingly the immigrants) because the results may indicate obstructive and supporting factors of the integration”⁶.

A Handbook on Integration for policy-makers and practitioners summarized the common basic principles for immigrant integration policy in the European Union in these points:

1) “Integration is a dynamic, two-way process of mutual accommodation by all immigrants and residents of Member States.

2) Integration implies respect for the basic values of the European Union.

3) Employment is a key part of the integration process and is central to the participation of immigrants, to the contributions immigrants make to the host society, and to making such contribution visible.

4) Basic knowledge of the host society’s language, history, and institutions is indispensable to integration; enabling immigrants to acquire this basic knowledge is essential to successful integration.

5) Efforts in education are critical to preparing immigrants and particularly their descendants, to be more successful and more active participants in society.

6) Access for immigrants to institutions, as well as to public and private goods and services, on a basis equal to national citizens and in a non-discriminatory way is a critical foundation for better integration.

⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁵ G.R. Pizarro, (9 August 2002). Special Rapporteur of the Commission on Human Rights in A/57/292, Human Rights of migrants, Note by the Secretary General, available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/xo/UNDOC/GEN/G00/100/36/PDF/G010036.pdf?OpenElement>, p. 9.

⁶ I. Bodonyi, in “Immigrants and Minorities. The Contradictions and Barriers of the Cultural Integration”, in *How Borderless is Europe. Multi-disciplinary approach to European Studies, op. cit.*, p. 84.

7) Frequent interaction between immigrants and Member State citizen is a fundamental mechanism for integration. Shared forums, inter-cultural dialogue, education about immigrants and immigrants culture, and stimulating living conditions in urban environments enhance the interactions between immigrants and Member States citizens.

8) The practice of diverse cultures and religions is guaranteed under the Charter of Fundamental Rights and must be safeguarded, unless practices conflict with other inviolable European rights or with national law.

9) The participation of immigrants in the democratic process and in the formulation of integration policies and measures, especially at the local level, supports their integration.

10) Mainstreaming integration policies and measures in all relevant policy portfolios and levels of government and public services is an important consideration in public-policy formation and implementation.

11) Developing clear goals, indicators and evaluation mechanisms are necessary to adjust policy, evaluate progress on integration and to make the exchange of information more effective”⁷.

We need to know that the States do not respond to ethnic diversity in the same way. “For the ‘Ethnic’ model, belonging to the nation means sharing common descent, language and culture. For the ‘Republican’ or ‘Civic’ model it means a willingness to accept political rules and to adopt the national culture. For the ‘Multicultural’ model it means adherence to political rules, but with the ability to maintain cultural differences and to form ethnic communities and associations. These models should be regarded as “ideal types” because, in practice, elements of all three may be identified in most states”⁸.

‘Multi-ethnic’ and ‘multicultural’ are not synonymous concepts. As Bodonyi said: “they may overlap each other and may differ, but anyway, both are related to the regulation of individual and collective rights inside a given country. The characteristics and relevance of problems, caused on one hand by historical minorities, and on the other hand by immigrant communities, are very different in different EU countries; partly because of historical reasons, partly because of actual political and economic reasons”⁹. Seeing this variation, it is important to apply new techniques for living together and problem solving. From my point of view, we need to develop a personal attitude and a public norm of tolerance towards other, of friendly and supportive behaviour towards immigrants and of a liberal and democratic attitude, based in part on learning from the errors and fatal consequences of nationalism, chauvinism, forced assimilation and ethnic persecution¹⁰.

In the words of Piris: “The European nation states have nurtured their differences, thus favouring nationalism, something which often led to wars with their neighbours.

⁷ Handbook of Integration for policy-makers and practitioners (2004 November), available at: http://acidi.gov.pt.s3.amazonaws.com/docs/Publicacoes/Handbook_integration.pdf, p. 160.

⁸ D. Turton – J. González, *Ethnic Diversity in Europe: Challenges of the Nation State*, University of Deusto, p. 18, available at: <http://www.deustopublicaciones.es/deusto/pedfs/hnet/hnet03.pdf>.

⁹ I. Bodonyi, “Immigrants and Minorities. The Contradictions and Barriers of the Cultural Integration”, in *How Borderless is Europe. Multi-disciplinary approach to European Studies*, op. cit., p. 79.

¹⁰ *Ibidem*, p. 82.

Nationalism explains why European nations have been fighting each other over the centuries”¹¹.

On the other hand, it is important to have a positive attitude towards minority rights, and towards the freedom to congregate, worship and to speak one’s own language. To achieve this goal, we need a broader discourse on identifying the structure factors that underlie discrimination and creating policies to facilitate equality of opportunity and outcome.

The essential question is whether individual or/and collective rights have to be ensured; what is the minimum/maximum of the acceptance of diversity. According to Kymlicka, “civic integration emphasizes the importance of immigrant’s integrating more fully into mainstream society and advances a number of core principles, including the following:

The key role of employment in integration,

Respect for basic liberal-democratic values, such as liberty, democracy, human rights, equalities (such as gender equality), and the rule of law,

Basic knowledge of the host society’s language, history and institutions,

The necessity of antidiscrimination laws and policies”¹².

States must play an initiating role in cultural integration, of which main guiding principles are:

1. to be liberal – in right way
2. to not repress robust political debate
3. to recognize the limits of the policy

The policy goals are:

1. to protect majority culture
2. to fight discrimination more effectively
3. to select the “right” immigrants”¹³

The question is that “human rights are universal in content, but the base of support for the authority that ensures these rights are respected is specific”¹⁴. For this reason, it is important to control States so that they do not transgress the limits that International Law imposes.

The globalization of positive tolerance

One of the great legacies of Francisco de Vitoria’s thinking for our current situation of migration consists, from my point of view, in his commitment to the positive or strong

¹¹ J.C. Piris, “Introduction”, in *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, 4th printing 2011, New York, p. 1.

¹² W. Kymlicka, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*. Queen’s University. http://www.academia.edu/2392447/Multiculturalism_Success_Failure_and_the_Future_2012, p. 10.

¹³ C. Joppke: *The role of the state in cultural integration* Transatlantic Council on Migration Project of Migration Policy Institute University of Bern, available at: www.migrationpolicy.org/pubs/CivicIntegration-Joppke.pdf, 2012.

¹⁴ E. Scarry, “La dificultad de imaginar a otras gentes”, in M.C. Nussbaum, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, Barcelona, 1ª ed. 1999, cit. by ed. 2013, p. 131.

sense of the value that is somewhat maligned today: tolerance. I refer to this value not only as an attitude of private civic virtue, but as a civic virtue of public character, that is, a virtue stimulated and supported by political and judicial institutions. It is obvious that tolerance is linked to pluralism and is the attitude in greatest accord with the acceptance of this social phenomenon.

Pluralism embraces the coexistence of a variety of religious, moral and political options and interests, philosophical and scientific conceptions, and ways of life within the same society. In fact, it expresses the complexity and richness of the human condition and the development of autonomy and liberty of human beings. If we value pluralism positively, inasmuch as it should be clearly differentiated from other points of view that are undesirable, such as moral relativism, then this leads us to justify tolerance as a virtue, given that as pluralism underlines the variety of free groups enjoying equal rights, tolerance emphasizes the validity and guarantee of the liberty of others; even better yet: the respect for the conceptions and forms of behaviour of others in their free differentiation. Being tolerant implies respecting the beliefs and opinions of others and the recognition of the differences and diversity of the ways of life.

But tolerance is not the same thing as indifference, and, as such, the goal is not to globalize indifference but to globalize tolerance. As V. Camps wrote in his book "Public Virtues" (1990), "we are above all tolerant when these differences are important to us"¹⁵. We need to keep in mind that tolerance implies that we should not view ourselves as the bearers of absolute truth, that we question and critically revise our convictions, that we need to contrast our conceptions with those of others and pursue a dialogue with them.

Nevertheless, tolerance as a public and private virtue and a political and judicial principle, which does not distinguish between majorities and minorities because all opinions and actions are equally worthy of respect, should also have its limits. There can be no tolerance for those who violate human dignity, that is, one cannot be tolerant with the intolerant. As Ottfried Höffe noted: "Tolerance results from the recognition that the other is a person free and equal, in virtue of his inviolable human dignity, has the right to form his own convictions and to live with them, alone, or with those with whom he shares these convictions, as long as this right is guaranteed to all others."

He continues: "As tolerance is not a goal in itself, but a prerequisite for and expression of the liberty and dignity of man, its limits are set there where it injures liberty and dignity"¹⁶.

Tolerance can be understood in two different forms: tolerance can give us a new point of view and bring us something fundamental in our lives (for our opinions, convictions, world views, behaviour, culture etc.) but tolerance can also imply a passive attitude and let things remain as they are. The first one, one would call "positive tolerance"; the second, "negative tolerance".

¹⁵ V. Camps, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

¹⁶ O. Höffe, *Derecho intercultural*. Colección de Estudios Alemanes. Traducción de Rafael Sevilla. Gedisa, Barcelona, 2000. The translation into English is mine.

In the case of negative tolerance, we are tolerant to achieve only the following: a) the necessary coexistence between different positions because so it is more useful and comfortable for us and for others and is the best way to assure order and peace necessary for the pursuits in our life; b) and we thus also allow others, in like situations, to have the right to exercise freedom of opinion, conduct, and culture, even though these might seem to us absurd or senseless.

In contrast, positive tolerance has more ambitious aims. It starts from the idea that tolerance allows us to contrast our ideas with others' thoughts, other ways of being and acting and other cultures distinct from our own. This stance maintains that this contrast can enrich our own conceptions of the world. In this manner, the thinking, conduct, or culture that is tolerated, even though different, can help us discover and eliminate the "cultural prejudices" and wrong ideas, and serve as a complement and improvement of our positions of point of view. In effect, it reflects an attitude that is more open, critical and skeptical than that of negative tolerance, even though it is more complex and difficult. I believe that we can accept, without a doubt, that the advantages of positive tolerance, such as doubtlessly defended by Francisco de Vitoria among other thinkers, outweigh those of negative tolerance for the development of knowledge and a life and culture that is freer and more equal.

I will use the example of the philosophy of one of the most notable and attractive thinkers of the 20th century: José Ortega y Gasset. Of all his extensive work, I will only refer to two books on perspectivism, connected to his idea of vital reason as circumstantial and historical reason, of great interest for the theme here. In the first of these, "Verdad y perspectiva" (1916) in *El Espectador I*, Ortega writes: "Reality, precisely because it is such and exists outside of our individual minds, can only reach these by multiplying itself in thousand facets...the reality cannot be observed outside of the viewpoint that we occupy, as mortals in the universe. The reality, therefore, becomes evident in individual perspectives... Instead of disputing, let us join our visions in a generous spiritual collaboration, and as the individual brooks join the main course of the river, let us form the torrent of what is real"¹⁷.

And, a few years later, in *El tema de nuestro tiempo* (1923) he published "La doctrina del punto de vista", where he writes: "From distinct points of views, two men view the same landscape. Nevertheless, they do not see the same thing. Their distinct situation causes the landscape to form itself before the two of them in different ways...The perspective is one of the components of reality...Now we see that the divergence between the worlds of two subjects does not imply the falsehood of one of them. On the contrary, precisely because what each one of them sees is a reality and not a fiction, it has to be a distinct aspect of what the other one perceives. This divergence is not a contradiction, but rather a complement... Each life is a point of view on the universe. The integral truth can only be obtained by combining what our neighbour sees with what we see, and so on successively"¹⁸.

¹⁷ J. Ortega Y Gasset, *Obras Completas*, II, Alianza, Madrid, 1983, p. 19.

¹⁸ J. Ortega Y Gasset, *Obras Completas*, III, *op. cit.*

I believe that, reading both passages, one can conclude that one should link the fact that different points of view and vital perspectives exist with the need for integration, to make a truer conception possible, because integration includes the forms of thinking and culture of the majority as well as of minorities, converting itself in this manner in a paradigmatic act of what I have here called “positive tolerance.”

But, then a question arises: How can we contribute to forming the autonomy and liberty of thought within the framework of the respect for rights? If we want to build a society founded on the strong principle of tolerance, in my opinion, we will precisely need to have citizens recognize that it is not wrong for them to feel conflict or moral dilemmas (how damaging it would be if this did not occur to them because of a dictatorship of heteronomous and authoritarian relativism), because thanks to such questioning they can decide for themselves, using their personal liberty, whether to opt for the strong version compared to a weak version of tolerance.

Let us recall that the Protestant Reformation introduced the factor of religious division into a world in which the unity of belief remained an unquestioned cornerstone of the State, and that it was this pluralism that helped push the question of tolerance to the forefront¹⁹. If we do not learn to tolerate in the positive sense in the European context, we will have difficulty speaking properly of a European Union, which, as the European Convention proclaimed, “should be united in its diversity.”

Positive tolerance implies that tolerance should not be allowed to fall into being nothing more than a “political strategy”²⁰, as was the case in the era in which this was supported because of the disastrous consequences religious persecutions had for the development of commerce (Grotius).

The central question revolves not so much around the end to be achieved, even though it is important, but the means that we use in the context of participation, so as to not fall into a pure, anti-ethical Machiavellianism. In my opinion, a good support tool would be the construction of a community dialogue based on this concept of tolerance in the strong sense, as this is the starting point for the construction of a coherent and true democratic space.

This would oblige those subjects that form part of this community dialogue to show an explicit pledge to participate in the public sphere, as inspired by Locke, as political actors and citizens with a positive and receptive attitude, linked to the ability to listen to others, understand their needs, and be capable of putting ourselves in their position²¹, so as to from there construct a consensus of values.

¹⁹ Vid. J.I. Solar Cayón, *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996, p. 39.

²⁰ *Ibidem*, p. 39.

²¹ Perhaps one can better understand this approach with the concept of “narrative imagination”. Quizás ayude a entender mejor esta aproximación el concepto de <<imaginación narrativa>>. See M.C. Nussbaum, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y en la filosofía griega*, Madrid, 1995. Also from the same author *Cultivating Humanity: A Classical Defense of Reform in Liberal Education*, Cambridge 1997.

Solidarity: The Future of the European Union

Solidarity is the other great virtue that is essential to constructing Europe, and, as such, it should be globalized. As Fücks, Steenblock and Pütz said: “We understand European *solidarity* not just in terms of internal operations but also as an aspect of international policy geared to global justice (...) Solidarity has been – and remains – a motor for European integration”²².

We cannot ignore that the “European solidarity is a prerequisite for the inner cohesion of the EU, and strength is required to preserve the ‘European way of life’ in a globalized world with its rapidly changing balance of power. Cohesion within the Union and the capacity to engage with the outside world are intimately connected”²³.

“Only by deploying its cooperative strength will Europe have the power to help shape events and successfully meet the challenges of the twenty-first century. We do not want a ‘Fortress Europe’ but a cosmopolitan Union that actively promotes the values of European states and their citizens. In times of crisis and faced with growing skepticism towards the European institutions, there is a need for an open debate on the Union’s perspectives. What are the limits of European solidarity? What rules are mandatory for a community whose members support each other in times of crisis? What political course has to be charted to get the EU back on track? And what are the challenges of global engagement which the EU will face in the future?”²⁴.

The rationale for solidarity can have a number of different origins: “Spontaneous, goal-oriented solidarity when security is threatened or when there is a natural catastrophe or a humanitarian crisis is an uncontested value shared by all in the EU, even when third countries are concerned. In contrast, solidarity that arises from a feeling of mutual cohesiveness and is offered without expectation of anything in return is more typical of smaller communities such as the family. In heterogeneous communities with weak collective identities such as the EU, this kind of solidarity reaches its limits. Solidarity as a principle of mutual assistance is, in contrast, an important source of European cohesion. This is particular valid where there is an awareness of mutual dependence. The EU’s internal redistribution policy is based on the understanding that reducing the prosperity gap is not only advantageous for poorer regions but also for the wealthier ones.

In any system incorporating solidarity there are always sources of friction between donors and recipients. Success is based on a commitment to mutual assistance for the well-being of the whole community”²⁵.

Solidarity and positive tolerance are at the heart of the difficult relationship between the EU’s capacity to act and its legitimacy. This conflict will never be completely resolved and therefore needs to be openly discussed.

²² R. Fücks – R. Steenblock – C. Pütz, “Solidarity and Strength: The Future of the EU”, *Solidarity and Strength. The Future of the European Union*, Heinrich Böll Stiftung, Publication Series on Europe, Vol. 6, Berlin, 2011, p. 8.

²³ R. Fücks – C. Pütz, “Preface”, *Solidarity and Strength. The Future of the European Union*, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ *Ibidem*, p. 6.

²⁵ R. Fücks – R. Steenblock – C. Pütz, “Solidarity and Strength: The Future of the EU”, in *Solidarity and Strength. The Future of the European Union*, *op. cit.*, p. 8.

We need to look for, in the short term, common European immigration policies, in particular, with regard to the European management of external borders, the creation of a European Asylum Agency, the revision of the Dublin-III Regulation, the opening of humanitarian and legal routes together with a real cooperative development policy.

It is the responsibility of everyone to fight within the context of today's democratic Europe for tolerance, respect, and full recognition of all the social, sexual, cultural, national, religious, political particularities that the diversity of free human beings express and do not deeply undermine the values and rules that form the basis of its unity and the conception, as Francisco de Vitoria would have put it, of "common justice".

International law influencing European Law in the case of Human rights

Assistant professor PhD. **Elena TILOVSKA-KECHEDJI***
University St. "Kliment Ohridski" – Bitola
Faculty of Law

Abstract

International law influences European Union law in many ways and there is a strong link between them. The European Union is an international actor, it has an international law capacity and although it is sui generis in character it still contributes in the shaping of International law. But what is the case of the international human rights? Does the European Union as an international law actor cover all Universal human rights or only some? The European Convention on Human Rights is an international treaty and it represents the basic human rights and freedoms, and the EU Charter of fundamental rights is legally binding and has the status of primary EU law but are they both enough to cover and protect all universal human rights, or the EU still needs to work on achieving this goal.

Keywords: International law, human rights, European Convention on human rights, Charter of fundamental rights

Rezumat

Dreptul internațional influențează legislația Uniunii Europene în multe moduri și există o legătură puternică între ele. Uniunea Europeană este un actor internațional, are o capacitate de drept internațional și, deși este de natură sui generis, contribuie în continuare la modelarea dreptului internațional. Dar cum este cazul drepturilor omului? Uniunea Europeană, ca actor al dreptului internațional, acoperă toate drepturile omului universale sau doar unii? Convenția Europeană a Drepturilor Omului este un tratat internațional și reprezintă drepturile și libertățile fundamentale ale omului, iar Carta Drepturilor Fundamentale a UE este obligatorie din punct de vedere juridic și are statutul de drept primar al UE, dar este suficientă pentru acoperirea și protejarea tuturor Drepturi, sau UE trebuie să depună eforturi pentru atingerea acestui obiectiv.

Cuvinte-cheie: Dreptul internațional, drepturile omului, Convenția europeană privind drepturile omului, Carta drepturilor fundamentale

* elena-tilovska-kechegi@hotmail.com

International law and its influence on European law

International law is a set of rules, laws, and customs, it administers and interacts between governments, states, organizations and it protects the individuals. Some of the issues that International law represents are human rights, disarmament, international crimes, refugees, migration, nationality, war and etc.¹ After giving the definition of International law, we further have to explain how Intergovernmental organizations (IGO) are linked to international law. Therefore, International Organizations are created from the internal constitution and international law. The European Union as an IGO is subject to international law, it is accepted by the international judicial bodies and the writings of international lawyers. "International organizations are subject to international law and as such are bound by any obligations obligatory upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties"².

The European Union is an International Organization created by a treaty. (A treaty is a written agreement between states that are governed by international law³) The European Union has a legal personality because the member states sovereignty is transferred to the EU and it is therefore bound by customary international law and treaty law⁴. Art. 3(5) of the TEU (Treaty of European Union) introduces the responsibility of the EU in international law:

"In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights in particular the rights of the child as well as to the strict observance and the development of international law including respect for the principles of the United Nation Charter"⁵.

Furthermore, the relationship between international and EU law can be observed through CJEU (the Court of Justice of the EU) through the:

- Direct effect: the international law may enjoy direct effect within EU law, it will apply automatically without an act of transformation into the EU legal order;
- Consistent interpretation: international law will be relevant in interpreting EU law;
- Substantive borrowing: international law may be used in a non-structured way where no formal relationship exists. The general international law may directly fill gaps in EU law⁶.

¹ "International Law". Global Issue. Online. Available: <http://www.un.org/en/globalissues/internationallaw/>

² Tawhida, Ahmed and Israel de Jesus Butler. "The European Union and Human Rights: An International Law Perspective". (The European Journal of International Law Vol. 17 no. 4/2006 Online. Available: <http://ejil.oxfordjournals.org/>, pg. 776-777.

³ Robert Beckman, Dagmar Butte. "Introduction to International Law" Online. Available: <https://www.ilsa.org/jessup/intlawintro.pdf.pg1>

⁴ K. Ziegler. "The Relationship between EU Law and International Law". University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04 Online. Available: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2554069 pg. 3.

⁵ *Ibidem*, pg. 4.

⁶ *Ibidem*, pg. 5.

Usually, when International law is applied within the EU law it is ranked higher than EU secondary legislation, but there are exceptions to this when the jus cogens norms are used, then international law is allowed to be above primary EU law⁷. Also it should be acknowledged that International Law rationalizes the political and legal values and purpose to which the Union aims. The European Union law supremacy is on the same level with international law supremacy and therefore the legal order is international law order⁸.

Opposite of what we have discussed so far, there are authors who believe that EU law is not part of international law because the European Law is sui generis in character. The EU law regulations, legislative independence, and the constitutionalization all represent the difference between EU and international law⁹. Furthermore, the governmental institutional framework is different, the Treaties do provide for a supranational institutional framework but the institutions directly impact the individual rights. The individual rights are modified by treaties and the governments. Therefore it should be concluded that EU law is part of international law despite its institutional structure and jurisdiction. The sui generis character of the Union should be linked to the supremacy and direct effects doctrines which relate to the domestic laws character¹⁰. The European Union is different because it functions through its governmental institutions but that does not necessarily mean that it is not binding by the international law it only means it is different since it focuses on achieving a goal with a limited jurisdiction from the members through the signing of a Treaty¹¹. Furthermore, the EU as a supranational institution is built with international law principles, the Court of Justice has the authority to determine the Unions laws, and the domestic courts have recognized its power in accordance with international Law. The Union has the legislative competence in the Treaties which means it can directly apply laws with automatic effect, therefore it represents the ability of international law to take domestic legal effects. To conclude, the Union legislative competence is a supranational will to create legal obligations with International law character¹².

The relationship between EU law and international law is influenced by a couple of factors: first, the Court of Justice of the EU (CJEU) has a constitutionalist approach which comprehends the relationship between the two laws. The second factor, the triangular relationship between EU law, international law, and the member states, will influence the approach of the member state towards international law. Third, there may be conflicts between the norms, the courts, and the tribunals about jurisdiction and interpretation of rules between the two laws. Fourth, international law benefits from the constitutionalized part of international law. To conclude, the EU is an international

⁷ *Ibidem*, pg. 11.

⁸ Moorhead, Timothy. "European Union Law as International Law". Online. Available: <http://www.ejls.eu/10/128UK.pdf>. Pg. 125.

⁹ *Ibidem*, pg. 127-128.

¹⁰ *Ibidem*, pg. 128-130.

¹¹ *Ibidem*, pg. 131.

¹² *Ibidem*, pg. 132-133.

law actor, it has an international legal capacity and concludes treaties, it is a member of IO and so it contributes in the shaping of international law¹³.

Human rights perceived by European law

Human rights are activities, conditions, and freedoms that we are all entitled to. They include civil, political, economic, social, cultural rights and etc. Human rights are fundamental, nontransferable, interdependent and permanent, they cannot be given or taken away and they must be respected¹⁴. Human rights protect individuals from governments and all other entities. International human rights law is an set of rules that govern the state's behavior towards the individuals. A constitution is a covenant between governments and their citizens, international human rights treaties are covenant between States and the International community. When a state ratifies a human rights treaty it guarantees the rights of the individuals. After WWII the UN, the Organization of American States, the Council of Europe concluded binding treaties which are the Universal Declaration of Human Rights, the American declaration of the rights and Duties of man, and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹⁵. And with these treaties, they have sworn to protect all human rights.

The legal obligations for the states come from the treaties or from Customary International Law (CIL) including the jus cogens rules. Customary International Law is the body of International law and it is binding on all States. IGO's are also subject to Customary International Law. The ECJ has accepted that customary international law applies to the EU. Human rights in customary international law present the status of the UN Universal Declaration of Human Rights and only this rights have been recognized by the International Court of Justice: the rights of self-determination, the prohibition of genocide, freedom from discrimination and prohibition of slavery, freedom from arbitrary detention and the right to physical integrity, protection against denial of justice. The ICJ states that the basic human rights in international law are erga omnes in nature and every state should accept them. A violation of human rights by the EU in customary international law even if it is not direct it will be a violation of international law for all states¹⁶. Furthermore, Article 53 of the Vienna Convention on the law of Treaties defines the jus cogens as a norm accepted and recognized by the international community. The human rights law which has attained the status of jus cogens is narrower than that which has entered into customary international law. In international law, the

¹³ K. Ziegler. "The Relationship between EU Law and International Law". University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04 Online. Available: https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2554069 pg. 1-2, A. Speriusi-Vlad "Drepturile patrimoniale în proprietatea intelectuală", 2014, 181-195.

¹⁴ "Overview if the Human Rights Framework". International Justice Resource Center. Online. Available: <http://www.ijrcenter.org/ihr-reading-room/overview-of-the-human-rights-framework/>, pg. 1.

¹⁵ *Ibidem*, pg. 2-4.

¹⁶ Tawhida, Ahmed and Israel de Jesus Butler. "The European Union and Human Rights: An International Law Perspective". (The European Journal of International Law Vol. 17 no. 4/2006 Online. Available: <http://ejil.oxfordjournals.org/pg.777-779>).

EU is bound by customary international law. Any EU treaty provision that conflict with CIL on human rights will violate all states because human rights are erga omnes in nature¹⁷.

The European Convention on Human Rights (ECHR)

The European Convention on Human Rights is an international treaty signed and ratified by 47 member states of the Council of Europe. It represents the human rights and fundamental freedoms. It includes the right to life, protection against torture and inhumane treatment, freedom and safety, fair trial, respect for private and family life, freedom of expression, thought, conscience, religion and freedom of peaceful assembly and association¹⁸.

Furthermore, the European Court of human rights judgments is binding and mandatory towards violations of the Convention. Article 6 & 3 of the Treaty on the European Union refers to the ECHR as part of the general principles of Community Law and so the accession of the EU to the ECHR will give a strong political signal of coherence inside the EU and outside its borders¹⁹.

The European Convention on Human Rights allows transfer of competences from states to an international organization, therefore it is the responsibility of states to ensure that the human rights will be protected within the IGO's that they will join. Despite the transfer of competences, the human rights supervisory bodies will hold the states accountable in order to prevent any loophole but the IGO will also hold the responsibility under international law²⁰.

The European Union believes that the protection of human rights is a concern of the international community, and it is bound by its Treaty to promote human rights, democratization, and development and it is working for universal ratification and implementation of all international human rights instruments²¹.

EU accession to the European Convention on Human Rights

The relationship between the Council of Europe and the EU in the area of Human Rights began in 1987. The treaty of Nice recommended to the EU member states to monitor and confirm the rights of the European Convention and the Treaty of Lisbon established art. 6(2) of the TEU as the basis for accession to the Convention. The EU

¹⁷ *Ibidem*, pg. 779-781.

¹⁸ "Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights". Council of Europe. June 2010 Online. Available: http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf

¹⁹ *Ibidem*, pg. 1-3.

²⁰ Tawhida, Ahmed and Israel de Jesus Butler. "The European Union and Human Rights: An International Law Perspective". (the European Journal of International Law Vol. 17 no. 4/2006 Online. Available: <http://ejil.oxfordjournals.org/> pg. 782-783.

²¹ "The European Union: Human Rights and the Fight against Discrimination". Pamphlet No. 14 Online. Available: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities14en.pdf>

accession to the European Convention will reinforce the human rights protection system. Furthermore, the Council of Europe and the European Union are regional organizations created by the states based on treaties and act according to their aim. The accession of the EU to the European Convention of human rights is difficult because it is a document of another organization²². The accession can be concluded by a Treaty amendment. Article 6(2) of the TEU has removed this problem and provided a base for EU accession: "The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms. Such accession shall not affect the Unions competencies as defined in the Treaties." Moreover, the ECHR was also amended and a new article 59(2) by protocol 14 which helps with the provision for the accession of the EU. With accession, the EU would become the 48th party to the ECHR. And the EU will be represented with its own judge at the European Court of Human Rights in Strasburg²³.

The Charter of fundamental rights of the EU

The Charter of fundamental rights of the EU consists of rights, freedoms, and principles (art. 6 of the Treaty of Lisbon) and these rights are recognized by the European Convention. When the Lisbon Treaty entered into force the Charter became a legally binding instrument. But the problem that appeared was that in International Law the Charter is not a treaty because it was not signed nor ratified by the member states. Under the Vienna Convention on the law of treaties (1969), international agreements concluded between states are governed by international law. Even if the Charter was signed it did not enter into force because it was rejected by France and the Netherlands. But despite all of the above, the Charter will have the legal value but only under the Union's law²⁴.

The relationship between the Charter and the European Convention on Human Rights, since the Charter is not a treaty will be difficult. The Member States will have to oblige to the European Convention on Human Rights. The Charter has the juridical value of primary legislation within the EU and its application will be limited to EU law²⁵. On December 7th, 2000 the EU Charter of Fundamental Rights was proclaimed in Nice by the presidents of EU institutions. For nine years it did not have a binding legal effect and for 6 years the CJEU refused to cite it and it referred to the ECHR. The Treaty of Lisbon amended Article 6 of the TEU and recognized the Charter, and although the text is not incorporated into the Treaty of Lisbon, article 6 provides that it has a legal value as EU

²² Ciuca, Aurora. "On the Charter of fundamental rights of the European Union and the EU accession to the European Convention on Human Rights". (Eastern Journal of European Studies Vol2, Issue1, June 2011. Online. Available: http://www.ejes.uaic.ro/articles/EJES2011_0201_CIU.pdf pg. 60-64.

²³ Sionaidh Douglas-Scott. "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon". (Human Rights Law Review 11:4 2011) Oxford University Press. Online. Available: <http://hrlr.oxfordjournals.org/> at Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012 (www.corteidh.or.cr/tablas/r27635.pdf) pg. 659-660.

²⁴ Ciuca, Aurora. "On the Charter of fundamental rights of the European Union and the EU accession to the European Convention on Human Rights". (Eastern Journal of European Studies Vol2, Issue1, June 2011. Online. Available: http://www.ejes.uaic.ro/articles/EJES2011_0201_CIU.pdf pg. 58-59.

²⁵ *Ibidem*, pg. 59.

treaties and it is binding. The Charter has 50 rights divided under 6 headings: Human dignity, freedoms, equality, solidarity, Citizens rights, and justice. It covers the basic human rights such as the right to life, prohibition of torture and the right to a fair trial²⁶.

Furthermore, The Lisbon treaty introduced many changes for the protection of human rights and the most important is article 6 of the Treaty of European Union as mentioned above. It provides that the EU Charter of Fundamental rights has the same status as primary EU law and it will consent with the European convention on Human Rights. The Charter is referred by the European Court of Justice as the primary source of human rights in the EU²⁷. CFR has a binding force and judicial power review in the field of police and cooperation in criminal law related to human rights²⁸. For over 40 years the fundamental rights were recognized in the EU as general principles of law, a status confirmed by Article (6) of the TEU. The protection of fundamental rights in the EU has evolved in an ad hoc way because in the past 40 years the fundamental rights developed through the case law of CJEU. But today Articles 6(1) of the TEU deals with the Charter, Article 6(2) with EU accession to ECHR and Article 6(3) with fundamental rights as general principles of law²⁹.

After presenting all of the above the question is do the European Convention of Human rights and the Charter of fundamental rights cover all the universal human rights or they are bound by restrictions? In order to answer that question, we should first view the obvious. The member states are part of the Charter of the UN for human rights and they have the obligation to “promote Universal respect for Human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion”³⁰. Although we have the European Convention and the Charter still the EU needs to comply with UN human rights standards. The scope of human rights of EU law has been based on the European Convention which represents civil and political rights, and excluded are the economic, social, cultural rights, the rights of the vulnerable groups such as women and children. The CJEU protects the human rights but not the Universal human rights. Therefore there is an absence of the link to the UN human rights treaties which represents a threat in excluding the universal human rights. Although the Charter of Fundamental Rights is an important development it does not represent all the rights in the UN human rights treaties. The CJEU and the other EU institutions don’t have the competence to develop a

²⁶ Sionaidh Douglas-Scott. “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”. (Human Rights Law Review 11:4 2011) Oxford University Press. Online. Available: [http://hrlr.oxfordjournals.org/at/Corte Ineramericana de Derechos Humanos 2012](http://hrlr.oxfordjournals.org/at/Corte%20Ineramericana%20de%20Derechos%20Humanos%202012) (www.corteidh.or.cr/tablas/r27635.pdf), pg. 651.

²⁷ Sionaidh Douglas-Scott. “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”. (Human Rights Law Review 11:4 2011) Oxford University Press. Online. Available: [http://hrlr.oxfordjournals.org/at/Corte Ineramericana de Derechos Humanos 2012](http://hrlr.oxfordjournals.org/at/Corte%20Ineramericana%20de%20Derechos%20Humanos%202012) (www.corteidh.or.cr/tablas/r27635.pdf), pg. 645.

²⁸ *Ibidem*, pg. 646.

²⁹ *Ibidem*, pg. 649-650.

³⁰ “The European Union and International Human Rights Law”. (United Nations Human Rights Office of the High Commissioner). Online. Available: [www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and-International_Law.pdf](http://www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf) pg. 7.

human rights policy which leads to our answer to the question above that the EU role in human rights is limited³¹.

Concluding remarks

To conclude, the European Union represents international law, it has the international legal capacity and it is sui generis in character. In international law the EU as an IGO is bound to respect human rights because they are erga omnes in nature and they are part of Customary International law and EU is bound by it. Furthermore, The European Convention on Human Rights is an international treaty and it stands for the basic human rights and fundamental freedoms. The accession of the EU to the ECHR will help in safeguarding the fundamental rights and through its Charter of Fundamental Rights will straighten the idea of protecting the human rights and fundamental freedoms. But is this enough? The EU is working for universal ratification and implementation of all international human rights instruments because the European Convention and the Charter are not enough to comply with UN human rights standards. The scope of the EU is limited in regards to the universal human rights.

³¹ *Ibidem*, pg. 11-14.

Position of the UN Security Council Resolutions in the Legal Order of the European Union

Assistant Professor **Bojan TUBIC***, PhD
University of Novi Sad
Faculty of Law

Abstract

This paper deals with the position of the Security Council decisions in the legal order of the European Union. With the so called smart sanctions of the Security Council problems have appeared in the EU, regarding the violations of human rights of the persons enlisted and accused for terrorism. A balance had to be found between the constitutional values of human rights protection and effective international measures in the fight against terrorism. The Court of Justice of the European Communities has exclusive jurisdiction that safeguards constitutional principles of the EU. The EU's own power is based upon the rule of law and it can act only within the limits of the legal framework. In the Yusuf and Kadi cases, the Court has focused on the implementing measure of a Security Council resolution and its compliance with the internal constitutional order of the EC at that time. It annulled the Regulation which implemented resolution but it made no reference to principles of international law or to the United Nations. The Court in the second Kadi case – Kadi II affirmed that it will continue to review EU listings implementing strict Security Council obligations in the case of lack of equivalent control at UN level. It insisted on a rather strict standard of review of such listings, and it undertook a substantive review of the reasons for listing offered by the EU.

Keywords: Security Council, ECJ, resolutions, review, European Union, Kadi

Rezumat

Această lucrare abordează poziția deciziilor Consiliului de Securitate în ordinea juridică a Uniunii Europene. Odată cu așa-numitele sancțiuni inteligente ale Consiliului de Securitate au apărut probleme în UE cu privire la încălcările drepturilor omului ale persoanelor declarate și acuzate de terorism. Era necesară găsirea unui echilibru între valorile constituționale ale protecției drepturilor omului și măsurile internaționale eficiente în lupta împotriva terorismului. Curtea de Justiție a Comunităților Europene este competentă exclusiv să garanteze principiile constituționale ale UE. Puterea proprie a UE se bazează pe principiul statului de drept și poate acționa numai în limitele cadrului juridic. În cauzele Yusuf și Kadi, Curtea s-a concentrat asupra măsurii de punere în

* B.Tubic@pf.uns.ac.rs

aplicare a unei rezoluții a Consiliului de Securitate și asupra conformității acesteia cu ordinea constituțională internă a CE la momentul respectiv. A fost anulat regulamentul care a pus în aplicare rezoluția, dar nu a făcut nicio referire la principiile dreptului internațional sau la Națiunile Unite. Curtea, în cel de-al doilea caz Kadi – Kadi II, a afirmat că va continua să revizuiască listele UE aplicând obligații stricte ale Consiliului de Securitate în cazul lipsei unui control echivalent la nivelul ONU. S-a insistat asupra unui standard destul de strict de revizuire a acestor liste și a întreprins o revizuire substanțială a motivelor listării oferite de UE.

Cuvinte-cheie: Consiliul de Securitate, Curtea Europeană de Justiție, Uniunea Europeană, Kadi

Introduction

The main purpose of establishing the Organization of United Nations was maintaining international peace and security. That task is more or less successfully performed during the existence of this organization. Security Council as the main organ in charged for this function has used its means and resources to intervene in the situations when international peace and security are endangered or breached. Powers invested in it by Chapter VII of the UN Charter have been used very often at the end of the 20th century and at the beginning of the new millennium. The resolutions of the SC are obligatory for the states but also for international organizations and the European Union among them. This article will try to explain what is the position of Security Council decisions in the legal order of the European Union which is specific in many aspects and that reflects on the implementation of Security Council decisions. Also, there is the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU) with its function to preserve the legal order of the EU and its decisions are very important in analysing this question.

Security Council resolutions

Security Council Resolutions bind all the Member States of the United Nations, including those which were not represented in this body in the moment when a concrete resolution is adopted. In accordance with Article 48 of the UN Charter, Members are under a legal duty to implement them¹. The SC resolutions do not directly bind international organizations, like the European Union, because they are not members of the UN. However, the members of the UN have a significant influence in majority of international organizations and accordingly the resolutions indirectly bind these organizations as well. The legal supremacy of the Member States' obligations under the Charter of the UN was clearly established in the Article 103 of the Charter of

¹ Art. 48 of the Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html>

the UN². This rule applies also to binding Security Council decisions, which was confirmed by the International Court of Justice in the *Lockerbie* case³.

Among other decisions and types of sanctions, the United Nations have introduced so called smart (or targeted) sanctions, as opposed to general economic sanctions which affect whole population. They are created to minimize civilian suffering. Smart sanctions are targeted against responsible politicians or military leaders, using measures such as visa denials or freezing their assets abroad. These sanctions aimed at state officials, but also to non-state actors and individuals. The system of sanctions that was established by the Security Council Resolution 1267, adopted in 1999⁴ and SC Resolution 1989 adopted in 2011⁵. Both resolutions were adopted under Chapter VII of the Charter of the UN, in order to fight international terrorism. They expanded smart sanctions to Taliban in Afghanistan, who cannot be recognized as state officials or legal government of the country. In 2000, the Security Council expanded smart sanctions to individuals, namely Usama Bin Laden and others suspected of supporting Al-Qaida or other terrorist groups. This resolution has created the sanctions regime. The Security Council has established the Sanctions Committee (also known as “the Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee”), responsible in particular for ensuring that States implement the measures imposed by the Security Council resolutions. The main sanction is freezing without delay the funds and other financial assets or economic resources of designated individuals and entities. Other sanctions are: preventing the entry into or transit through States’ territories by designated individuals and preventing the direct or indirect supply, sale and transfer from States’ territories or by their nationals outside their territories, or using their flag vessels or aircraft, of arms and related material of all types, spare parts, and technical advice, assistance, or training related to military activities, to designated individuals and entities. They are designated as such in a procedure managed by a Sanctions Committee established by the Security Council This sanctions regime mainly depends on blacklisting of the suspected individuals and firms. The Sanction Committee is publishing Consolidated List of those parties whose funds were to be frozen.

Some of Security Council resolutions impose on states the obligation to criminalize the conduct of private individuals and entities and they leave the identification of

² Art. 103 of the UN Charter: “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.” – *Ibidem*.

³ “Whereas both Libya and the United Kingdom, as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including Montreal Convention.”, Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, para 39.

⁴ Security Council Resolution 1267 (1999), adopted by the Security Council at its 4051st meeting, on 15 October 1999 http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29.

⁵ Security Council Resolution 1989 (2011), adopted by the Security Council at its 6557th meeting, on 17 June 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1989\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1989(2011)).

targeted persons and entities undefined⁶. That introduces a decentralization of sanctions decision-making without requiring adequate human rights guarantees to be exercised by the implementing member states. Consistency of sanctions implementation across national borders is almost impossible to achieve. This is not the only system that exists. Currently there are dozen sanctions committees established for specific countries in the world. These systems defer in their scope and application⁷.

The measures against individual or entities taken in the context of targeted sanctions systems have been criticized for violating internationally protected human rights such as: the right to property, the right to free movement, the right to privacy and the right to a fair trial. Security Council Resolution 2178 (2014) on combatting terrorism envisages the obligations of Member States to respect human rights law and other obligations under international law rather than its own obligations. It also stresses out the importance of respect for the rule of law so as to effectively prevent and combat terrorism⁸.

Security Council Resolutions under review

The power of the Security Council Resolutions taken under Chapter VII in international law seems unquestionable. However, there have been raised serious doubts, before some international and national courts. The question is whether the Security Council is bound by international human rights? There should be a higher instance above the Security Council to decide on the respect of its international norms on human rights. Although this is vague, the Member States and EU are bound by those norms when implementing sanctions envisaged in the SC resolutions. Member States of the EU decided to centralize the implementation of UN sanctions in order to enhance the efficacy of the measures through uniform implementation in all member states. The implementation through national legislation could result in adoption of measures of differing content and at different times.

So far, there have been very rare attempts of a direct control of Security Council resolutions. For example, the International Court of Justice rejected doing so in Advisory Opinion in the Case Concerning Certain Expenses of the United Nations, where he stated that no procedure for determining the validity of an act could be found in the structure of the UN⁹. Also, the ICJ avoided to directly control the SC resolutions in the contentious cases: Lockerbie case¹⁰ and in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide¹¹.

⁶ Security Council Resolution 1373 (2001), adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>.

⁷ 12^{eme} Commission, Judicial Control of Security Council Decisions (UNO), Raporteur: Rüdiger Wolfrum, Yearbook of Institute of International Law – Tallinn Session, Volume 76, p. 418.

⁸ Security Council Resolution 2178 (2014), adopted by the Security Council at its 7272nd meeting, on 24 September 2104 [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2178%20(2014)).

⁹ Advisory Opinion in the Case Concerning Certain Expenses of the United Nations, ICJ Reports 1962, p. 168.

¹⁰ Lockerbie case, p. 115.

¹¹ Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Provisional measures, ICJ Reports 1996, p. 595.

The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia was required to assess the Security Council decision that established the Tribunal, in the case Prosecutor against Dusko Tadic¹². Namely, the question was whether the Tribunal had been established in accordance with the UN Charter. The Trial Chamber and the Prosecutor were of the opinion that the Tribunal lacked the authority to review its establishment. The Appeals Chamber answered on the question that the issue was a political one and thus beyond judicial control, stating that all cases before international courts have a political background. Also, the Tribunal discarded the argument that it is not a constitutional court stating that it has exercised its incidental jurisdiction to establish its own jurisdiction over the concrete case. It concluded that the Tribunal was established in accordance with the appropriate procedures under the UN Charter.

Judicial control of the Security Council decisions has been performed indirectly and taken by national courts, the European Court of Justice, regional international human rights courts and international criminal courts. This control occasionally also includes an interpretation or assessment of the Security Council decisions which is being implemented, although some national and regional courts avoid addressing the concrete Security Council decision.

The position of Security Council resolutions in the EU legal order was addressed by the European Court of Human Rights (ECtHR) in several cases. All Member States of the EU are Parties to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The influence of the ECtHR judgments in the legal order of the EU would be more significant if the EU accesses to the Convention. It is enabled in the Protocol 14 to the Convention and also envisaged in the Lisbon Treaty. If that happens then the Convention would be directly involved in the legal order of the EU. However, this process is frozen after the Opinion 2/13 of the CJEU¹³ in which it is stated that the draft agreement providing for the accession of the EU to the Convention was not compatible with Article 6(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union¹⁴.

The ECtHR has, in its judgments addressed the issue of Security Council Resolutions and their impact on the legal systems of Member States. For example in the Bosphorus case the issue was the interpretation of Regulation 990/93 imposing sanctions against the Federal Republic of Yugoslavia envisaged in Security Council Resolutions 713 (1991), 753 (1992) and 787 (1992), on the basis of Chapter VII of the UN Charter. The Court stated that any measure imposing sanctions has, by definition, consequences which affect the right to property and the freedom to pursue a trade or business, thereby causing harm to persons who are in no way responsible for the situation which led to the adoption of the sanctions¹⁵.

¹² Prosecutor v. Tadic (Jurisdiction), ILM 35, 1996.

¹³ Court of Justice of the European Union, Opinion of the Court of 18 December 2014 (Opinion 2/13) 2014.

¹⁴ Michal Ovádek, External Judicial Review and Fundamental Rights in the EU: A Place in the Sun for the Court of Justice, College of Europe, EU Diplomacy Papers 2/2016.

¹⁵ Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Application No. 45036/98, Judgment of the ECtHR, 30 June 2005.

In the decisions delivered by the ECtHR in the cases *Behrami*¹⁶ and *Saramati*¹⁷ and *Berić and Others*¹⁸, there emerges a clear tendency to guarantee the primacy of decisions of the United Nations Security Council even at the expense of the legal order of the ECHR. In the *Behrami* and *Saramati* cases, the Court found itself not competent to evaluate actions of international civil and security forces in Kosovo (respectively, UNMIK and KFOR) whose presence was decided and authorized through Security Council Resolution 1244 (1999), even though these actions allegedly infringed the human rights of the applicants. In the Court's reasoning, the actions of UNMIK and KFOR should be directly attributed to the UN and, since this organization was fulfilling its imperative collective security objective, its obligations should prevail over conflicting human rights obligations.

This tendency also manifested itself in the case law of the national courts; that is, in three decisions by a Divisional Court, then the English Court of Appeal, and the House of Lords in the *Al-Jedda* case. *Al-Jedda* was interned in Iraq by UK forces acting as a Multi-National Force on the basis of Security Council resolution 1546 of 8 June 2004. He was suspected of being a member of a terrorist group and detained in Iraq without being formally charged with any offence. The majority of the House of Lords held that the Security Council had not delegated its powers but rather had authorized the United Kingdom to carry out functions it could not perform itself. It also concluded that the UK forces were not under the effective command and control of the Security Council and therefore the House of Lords had jurisdiction. It invoked Article 103 of the UN Charter and decided that Security Council Resolution prevailed over the European Convention on Human Rights¹⁹. In all three decisions, the English courts applied the principle of the primacy of UN obligations over conflicting human rights obligations as the basis on which to dismiss the applicant's appeal.

However, there are new developments in the reasoning of the ECtHR. In the case, *Nada v. Switzerland*, the ECtHR held that sanctions, (restrictions of movement) imposed upon the applicant constituted a violation of the applicant's human rights envisaged in the ECHR. It rejected the argument of the responding government that the measures taken emanated from Security Council resolutions and thus fell outside the scope of the jurisdiction of the Court. The Court distinguished between the activities of some UN military or civil missions in, which were directly attributable to the United Nations and activities undertaken by Member States implementing the Security Council Resolutions 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001) and 1390 (2002). The first activities could not be revised by the Court. The second ones, national implementing measures were attributable to the implementing State – Switzerland. The Court found violations of Articles 8 and 13 of the ECHR²⁰.

¹⁶ *Behrami and Behrami v. France*, Application No. 71412/01, Judgment of the ECtHR, 2 May 2007.

¹⁷ *Saramati v. France, Germany and Norway*, Application No. 78166/01, Judgment of the ECtHR, 2 May 2007.

¹⁸ *Dušan BeriĆ and Others v. Bosnia and Herzegovina*, Application Nos. 36357/04 et al., Judgment of the ECtHR, 16 October 2007.

¹⁹ *R (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, 2007, UKHL 58, ILDC 832 (UK 2007), paras. 34-36.

²⁰ *Nada v. Switzerland*, Application No. 10583/08 Judgment of the ECtHR, 12 December 2013.

The position of international norms in the legal order of the EU

The EU legal order does not exist in isolation from either its Member States and their constitutional systems or from international law and its fundamental legal principles. The EU law has direct effect in national legal orders and international law may have direct effect within the EU legal order. The international legal personality and international capacity of the EU are derived from international law. It is, in its substance, an international legal entity.

The CJEU has exclusive jurisdiction that safeguards constitutional principles of the EU. The EU's own power is based upon the rule of law and it can act only within the limits of the legal framework. Also, its receptiveness to external obligations is bounded by the rule of law as it insists on the primacy of its constitutional values. Internationally derived values and norms have to be internalised and become part of the EU's own legal order if they are to be fully effective within its internal system. External values which are considered universal may be appealed to where the EU is seeking to promote norms externally.

The EU can conclude international treaties and in that way take rights and duties arising from them, like states as subjects of international law. But, there is a question if the international norms to which EU has not committed itself externally could have binding status. It was discussed in relation to the economic sanctions according to the binding resolutions of Security Council, in the *Kadi* case, which will be discussed later. By some authors, this could marginalize the role of Member States in this field²¹.

The European Union is not a member of the United Nations and is not under any direct international obligation to give effect to the Security Council Resolutions. The justification of their legal effect in the European legal system can be found in the transfer of competence from its member States to the European Union and to European Community before the Lisbon Reform Treaty. Also, the legal effect of the resolutions could be justified indirectly under article 48 (2) of the Charter of the UN. However, even without formally binding obligation, the EU take part in the implementation of the UN sanctions regimes.

Within the European Union, the SC resolutions regarding smart sanctions are implemented through the EU Council Common Positions (under the former second pillar) and through the Regulations (under the former first pillar). Such competence was derived from Article 60 of the EC Treaty (now article 75 of the Treaty on the Functioning of the European Union), and Article 301 of the EC Treaty (now replaced by Article 215 of the Treaty on the Functioning of the European Union). There is nothing in EU law, which justifies imposed economic restrictions against individuals. But, as it was shown in practice, article 60 and 301 of the EC Treaty (and also article 308 of the EC Treaty – article 352 of the Treaty on the Functioning of the European Union) were used for such justification. After 1 December 2009, under amendments imposed by Lisbon Reform

²¹ Jan Willem van Rossem, Interaction between EU Law and International Law in the light of *Intertanko* and *Kadi*: the Dilemma of Norms binding the Member States but not the Community, *Cleer Working Papers* 2009/4, p. 30.

Treaty, now exist explicit legal basis for the imposition of sanctions against non-state entities in Article 215 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union²².

Cases Yusuf and Kadi

The Court of the First Instance (CFI) has faced the problem of the Security Council resolutions within the EU legal system in the cases: Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission²³ and Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission²⁴. Subsequently the ECJ has heard two appeals, has rendered its judgment on 3 September 2008.

Mr Kadi, Yusuf and organization Al Barakaat – the applicants in those cases, were added to Annex I by Commission Regulation (EC) 2199/2001, and Commission Regulation (EC) 881/2002. Annex I contains the list of those affected by the freezing of funds (and it is copy of the UN Sanctions Committee Consolidated List). The applicants brought legal proceeding before the CFI denying any association with terrorists. They argued that the Council was incompetent to adopt the above mentioned regulations, and also that those regulations breached their fundamental rights, namely the right to property, the right to a fair hearing and the right to an effective judicial remedy, as guaranteed by the ECHR. This Convention is an integral part of the legal order of the EU countries because all EU Member States are parties to the Convention.

The CFI dismissed the requests and held that the obligations arising from the UN Charter prevail over every other obligation of domestic law or international treaty law – in accordance with article 103 of the UN Charter. That meant that the Security Council's requirement to freeze the assets of the claimants prevailed over human rights concerns. The Court only accepted jurisdiction in the event that the regulation would violate fundamental peremptory provisions of *ius cogens*. A resolution which violates such a norm is not binding. It concluded that in the current dispute the freezing of funds has not breached these norms and it dismissed the request of the claimants.

In the analysis of those cases, main question is the relation between the universal UN system and the EU legal system. The Court has stated that it had no jurisdiction because the contested regulation is based on the Security Council Resolution binding all member States. It ruled that, according to international law, the Member States, as Members of the United Nations, are bound to respect the principle of the primacy of their obligations under the UN Charter, enshrined in Article 103. The obligation, laid

²² Art. 215 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union: "Where a decision adopted in accordance with Chapter 2 of Title V of the Treaty on European Union so provides, the Council may adopt restrictive measures under the procedure referred to in paragraph 1 against natural or legal persons and groups or non-State entities".

²³ Case T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union, Commission of the European Communities*, Judgment of 21 September 2005.

²⁴ Case T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union, Commission of the European Communities*, Judgment of 21 September 2005.

down in Article 25 of the Charter, to carry out the decisions of the Security Council prevails over States other obligations under an international agreement”²⁵.

Also the CFI stated that EU Member States are obliged to comply with the SC resolutions, and in the case of a clash between such norm and primary or secondary norms of the EC legal system, the provisions of Community law must be left unapplied. The Court stated:

*“It must therefore be considered that the resolutions of the Security Council at issue fall, in principle, outside the ambit of the Court’s judicial review and that the Court has no authority to call in question, even indirectly, their lawfulness in the light of Community law. On the contrary, the Court is bound, so far as possible, to interpret and apply that law in a manner compatible with the obligations of the Member States under the Charter of the United Nations”*²⁶.

Advocate General, P. Maduro, in his opinion of January 2008 contested the argument of the Court that Security Council resolutions should enjoy immunity from judicial review. He argued that the Court should apply its regular judicial standards to the protection of fundamental human rights. Also, he stated that the indefinite freezing of someone’s assets continues a far-reaching interference with the peaceful enjoyment of property which could have devastating consequences²⁷. The European Court of Justice ruled that the Community judiciary must ensure the review of the lawfulness of all community acts in the light of protected fundamental rights, which includes the review of community measures designated to give effect to Security Council resolutions. The Court found violations of the right to be heard and the right to effective judicial review. The principle of effective judicial protection requires that a person has the right to know the grounds for being included on the blacklist. The lack of communication of the evidence against the appellants violated the right to be heard. This prevented the Court from reviewing the lawfulness of the listing and it represented a breach of the right to effective legal remedy²⁸.

The ECJ annulled Regulation (EC) 881/2002 stating that it infringes the EC principle of effective judicial protection, the rights to defence and the right to property. The individuals or entities have the right to be informed of the evidence and grounds of the measures against them and the right to be heard in this respect. These rights can be lawfully restricted for national security reasons. The Court has stated that restrictive measures such as those imposed by the contested regulation escape all review by the Community judicature once it has been claimed that the act laying them down concerns national security and terrorism. In such a case, the task of the Community judicature is to apply, in the course of the judicial review, techniques which accommodate, on the one hand, legitimate security concerns about the nature and sources of information taken into account in the adoption of the act concerned and, on the other, the need to

²⁵ *Kadi*, para. 184, *Yusuf and Al Barakaat*, para. 234.

²⁶ *Kadi*, para. 225, *Yusuf and Al Barakaat*, para. 276.

²⁷ Mehmet Yavuz, *Conflict of Norms After Kadi Judgment*, *Human Rights Review*, Vol. II, Issue 2, 2012, p. 180.

²⁸ Clara Portela, *National Implementation of UN Sanctions: Towards Fragmentation?*, *International Journal*, 65(1), 2009/2010, p. 7.

accord the individual a sufficient measure of procedural justice²⁹. The violations occur if no information on the evidence against the appellants is provided. Regarding the right to property, measures in Regulation 881/2002 could be considered justifiable because they were adopted to counter threats to international peace and security posed by acts of terrorism. However, they are also found incompatible with human rights provisions as the Regulation in question does not provide for any procedural guarantee for challenging them.

In the Kadi ruling the ECJ adopted a pluralist conception of the international legal order. It annulled the EC regulation implementing the Security Council resolutions because they violated individual human rights. The Court made no reference to principles of international law or to the UN but it has just focused on the implementing measure and its compliance with the internal constitutional order of the EC at that time. The UN Charter was considered by the Court as an ordinary international treaty. The Court underlined that its review of the Regulation would not be interpreted as a sort of review of the Resolution or of the Charter. It rejected any judicial role in the process of determining the relationship between the different legal systems.

It can be said that there was a need for a direct balance between the substantive values pursued by Security Council Resolutions 1267 and 1333 and the EU principles on human rights. Some authors state that the judgment in the Kadi case can be regarded as the outcome of a direct balancing of the EC/EU principles on fundamental rights with the value of cooperation of the EU states with the UN in the fight against terrorism³⁰.

The solutions adopted by the ECJ appear to be in line with the case law of the ECtHR if not even more advanced³¹. However, this judgment and the Court's reasoning have provoked severe criticism. The Court's approach has been characterised as contrary to its traditional respect for public international law³².

The Second Kadi Case – Kadi II

The Security Council responded to so called case Kadi I by creating an Office of the Ombudsperson to provide help to individuals aggrieved by their listing. In October, 2012, the Committee delisted Mr. Kadi after a recommendation by the Ombudsperson. This happened while another "Kadi procedure" was in progress. Namely, following the ECJ's judgment in *Kadi I*, the European Commission communicated to Mr Kadi the summary of reasons provided by the United Nations Sanctions Committee and gave him the opportunity

²⁹ *Kadi*, para 343 and 344.

³⁰ Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci, The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values, *The European Journal of International Law*, Vol 20 no. 1/2009, p. 224.

³¹ Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci, The European Courts and the Security Council: Between Dédoublément Fonctionnel and Balancing of Values, *The European Journal of International Law*, Vol 20 no. 1/2009, p. 225.

³² Juliane Kokott and Christoph Sobotta, The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?, *The European Journal of International Law*, Vol 23 no. 4/2012, p. 1015.

to comment. Neither the Commission nor Mr Kadi was put in possession of evidence other than this summary of reasons. The Commission subsequently adopted Regulation No 1190/2008, which maintained Mr Kadi's listing as a person whose assets are to be frozen. In the case brought by Mr. Kadi against the Commission (*Kadi II*)³³, the General Court annulled this Regulation.

The Commission, the Council, and the UK challenged the Grand Chamber's decision in *Kadi II* claiming that the law was violated by not granting judicial immunity to Kadi's listing by the EU. Namely, the EU was under a strict obligation to impose sanctions on Kadi, flowing from the relevant decisions of the Security Council. The EU was allowed no discretion in implementing the measure, and thus the relevant act should be immune from review by the Union's judicature. In effect, the appellants launched a direct challenge to *Kadi I*, calling on the Court to reverse the precedent.

The Commission, the Council, and the UK, supported by numerous interveners, were hoping to limit the effects of *Kadi I*. The challenge related to the applicable standard of review of the impugned listing. In *Kadi I*, the ECJ had indicated that the Union judicature must ensure in principle the full review of EU listings, but it had struck down Kadi's listing merely on the basis that no reasons for his listing were communicated to him, and that he had been afforded no opportunity to be heard: there was no substantive justification of the listing for the ECJ to review. The EU promptly 'complied' with the ECJ ruling by transmitting to Kadi the narrative summary of the reasons for listing released by the Security Council (and published online), and allowing him to present whatever case he could make against the relatively vague narrative summary. However, it only dismissed Kadi's comments and subsequently re-listed him.

The General Court in *Kadi II* found that this was not sufficient under *Kadi I*, because the reasons given to Kadi were too vague to allow for any sort of meaningful rebuttal, and because the Union at no point seriously envisaged removing him from the list, irrespective of whatever evidence he could use against the vague charges. And since *Kadi I* demanded in principle the full review, no such review was possible and the listing had to be struck down again. It was this interpretation of the term full review as full merits review that the appellants wished the ECJ to pronounce upon for the first time, in the hope that it would apply a less intense standard in its review of the listing.

The Council and Ireland formally requested the Court to reconsider the principles set out in *Kadi I* judgment³⁴. The appellants again raised the issue that the effect of *Kadi I* was the (indirect) review by EU courts of measures imposed by the Security Council, in the implementation of which the EU had no discretion. The ECJ dismissed those arguments and found that judgment of the General Court was not vitiated by any error of law with regard to the General Court's refusal, in accordance with the *Kadi* judgment, to afford the contested regulation immunity from jurisdiction³⁵.

³³ Case T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi v Commission*, Judgment of 30 September 2010, 2010, ECR II-5177

³⁴ Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Judgment of 18 July 2011, para 60.

³⁵ *Ibidem*, para 68.

The Security Council measures cannot be affected by EU courts' review of EU implementing measures. The EU court has no competence to pronounce on these measures, its decision cannot affect them, and EU law cannot serve as a basis to justify non-compliance with the UN Charter. But the ECJ decision does force the EU member states to violate their obligations under the UN Charter: it forces them to disobey the Security Council, or they would disobey the EU court. This puts the member states in a difficult position. They must now either seek to reform the procedures at the UN level, which they have done so far with some success – namely with the establishment and later enhancement of the Office of the Ombudsperson; or they must find some way to justify their disobedience under international law.

The appellants challenged both the standard of review applied by the General Court, and the manner of its application on the substantive claims by Kadi – violation of the rights of defence and the right of effective judicial protection³⁶.

In its judgment in *Kadi II*, the Court held on appeal that if the competent European Union authority finds itself unable to produce before the Courts of the European Union all information and evidence substantiating the reasons relied on against the individual, it is then the duty of the Court to base its decision solely on the material which has been disclosed to it. If that material is insufficient to allow a finding that a reason is well founded, the Court shall disregard that reason as a possible basis for the contested decision³⁷.

The Court noted that overriding considerations related to the security of the European Union, its Member States or the conduct of their international relations may preclude the disclosure of some information or evidence to the person concerned. In such circumstances, it is the task of the Court to apply, in the course of the judicial review, techniques which accommodate, on the one hand, legitimate security considerations about the nature and sources of information taken into account in the adoption of the act concerned and, on the other, the need sufficiently to guarantee to an individual respect for his procedural rights, such as the right to be heard and the requirement for an adversarial process³⁸. The Court is to determine whether the reasons relied on by the EU authority as grounds to preclude that disclosure are well founded³⁹. If the Court concludes that those reasons do not preclude disclosure, of the information or evidence concerned, it shall give the competent European Union authority the opportunity to make such disclosure to the person concerned. If that authority does not permit the disclosure of that information or evidence, in whole or in part, the Court shall then undertake an examination of the lawfulness of the contested measure solely on the basis of the material which has been disclosed the Court shall examine the lawfulness of the contested measure solely on the basis of the material that has been disclosed⁴⁰. On

³⁶ *Ibidem*, para 70.

³⁷ Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Judgment of 18 July 2013, para. 123.

³⁸ *Ibidem*, para. 125.

³⁹ *Ibidem*, para. 126.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 127.

the other hand, if those reasons indeed preclude disclosure, it is necessary to strike an appropriate balance between the requirements attached to the right to effective judicial protection, in particular respect for the principle of an adversarial process, and those flowing from security of the European Union or its Member States or the conduct of their international relations⁴¹. Accordingly, the Union authority may disclose a summary outlining the information's content, and the failure to disclose confidential information to the person concerned may affect the probative value of such evidence⁴².

The Court further held that the fact that the competent European Union authority had not made accessible to Mr Kadi and to the EU Courts information or evidence which is in the sole possession of the Sanctions Committee or the country which proposed his listing cannot, as such, justify a finding that Mr Kadi's fundamental rights had been infringed⁴³ and that, contrary to the findings of the General Court, not all the reasons stated in the summary provided by the Sanctions Committee were insufficiently detailed and specific⁴⁴.

The appeals were eventually dismissed because the Court held that none of the allegations presented against Mr. Kadi in the summary provided by the Sanctions Committee are such as to justify the adoption, at European Union level, of restrictive measures against him, either because the statement of reasons is insufficient, or because information or evidence which might substantiate the reason concerned, in the face of detailed rebuttals submitted by the party concerned, is lacking⁴⁵.

The Court's judgment in *Kadi II* throws new light on the level of intensity of judicial review of errors of fact in human rights cases and on the content of the rights of defense of suspected terrorists. It upheld the decision of the General Court striking down the Regulation relisting Kadi, even if it did overturn part of the General Court reasoning. Most notably, it affirmed that it will continue to review EU listings implementing strict Security Council obligations in the case of lack of equivalent control at UN level. It insisted on a rather strict standard of review of such listings, and it undertook a substantive review of the reasons for listing offered by the EU. One of the solutions for the review could be the creation of a quasi-judicial entity to hear appeals from Sanctions Committee decisions, and it could be located in the Office of the Ombudsperson⁴⁶.

Conclusion

It is clear that Security Council decisions, especially those that contain measures against terrorism, play a significant role in the legal order of the EU. Their specific character and

⁴¹ *Ibidem*, para. 128.

⁴² *Ibidem*, para. 129.

⁴³ *Ibidem*, para. 137.

⁴⁴ *Ibidem*, paras. 140-142.

⁴⁵ *Ibidem*, para. 163.

⁴⁶ Peter Margulies, *Aftermath of an Unwise Decision: The U.N. Terrorist Sanctions Regime After Kadi II*, *Amsterdam Law Forum, VU University of Amsterdam*, Vol. 6, 2014., p. 62.

position in international law affect their position in the EU. They must be respected like in the national legal orders but there is also a need for their review.

The most important and mostly debated legal challenge of a Security Council resolution is the Kadi judgment of the European Court of Justice of September 2008, which reversed an earlier ruling of the Court of First Instance in 2005. The central argument of the Court was that the protection of fundamental rights forms part of the core foundations of the EU legal order. The Court reasoned that that this does not amount to a review of the lawfulness of the Security Council measures. The review of lawfulness would apply only to the act of the EU that gives effect to the international legal act, but not the latter as such.

The Kadi judgments proved that ECJ gave a proper consideration to the measures against terrorism. It could also help to strengthen the review mechanism. It is not easy to find a proper balance between constitutional core values and effective international measures against terrorism. The ECJ, as one of the organs of the EU, could make a progress in this field, which it has already demonstrated.

Security risks – Forensic answer (Security and forensic lessons of vanishing MH370 Malaysian airplane)

Associate professor, dr. habil. **Csaba FENYVESI***
University of Pécs
Department of Criminal and Civil Procedure Law
Faculty of Law

Abstract

Academic literature seems to be uniform in its summary¹, formulated also by us below, that Forensics is, in essence, mainly a practical and – to a smaller extent – theoretical science of criminal investigation, in other words, it is a branch of criminal sciences that explores, creates, systemizes and applies – within normative legal frames – means and methods for the detection (prevention) and proving of crime². Apart from the supplementary role of the effective – indirect and direct – prevention of crime, its basic functions comprise detection, obtaining as much and as reliable evidence as possible, providing a basis for and ensuring the ultimate establishment of criminal responsibility by the court. In summary, Forensics is the science of the effective and professional investigation of crime, which has no subfield, either on the European continent having given birth to it or beyond the borders of Europe, that does not serve the fight against crime, the detection of offenders and their being brought to trial.

As our study points out, Forensics' scope stretches over citizens, cities, countries and the whole world's personal and property protection. Forensics has both the opportunity and the obligation to handle safety challenges and prevent – if possible –, reduce any safety concern.

Keywords: *Forensics, plain crash, criminal prosecution, evidence, methods of criminal investigation*

* fenyvesi.csaba@ajk.pte.hu

¹ See this question from the author: *Der kontinentale und der angelsächsische Begriff der Kriminalistik*. *Kriminalistik*, 2014/5. pp. 291-296.

² See from the author: *Characteristics of integrated criminal investigation*. In: *Infraționalitatea Transfrontalieră – Formă de manifestare și reglementări naționale*. Timișoara, România, 2006. 202-225.; *Caracteristicile Investigatiei Penale Integrate*. In: *Infraționalitatea Transfrontalieră – Formă de manifestare și reglementări naționale*. Timișoara, România, 2006. 226-247.; *Caracteristicile investigației Penale Integrate*. In: *Infraționalitatea transfrontalieră – Formă de manifestare și Reglementări naționale*. Timișoara, România, 2006. 226-247.; *Classic and modern tendencies in the meaning and system of criminalistics*. *Jurisprudentia. Studia Universitatis Babes-Bolyai Cluj-Napoca*, 2015 numărul 2. <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=653>.

Rezumat

Literatura academică pare a fi uniformă în a statua, la fel ca și noi în cele ce urmează, asupra caracterului științific în esență practic, și, într-o măsură mai mică, teoretic al criminalisticii, ce servește anchetei penale, cu alte cuvinte este o ramură a științelor penale care explorează, creează, sistematizează și aplică – în cadrul cadrelor juridice normative – mijloace și metode de detectare (prevenire) și de dovedire a infracțiunilor. În afară de rolul suplimentar al prevenirii efective – indirecte și directe a infracțiunilor, funcțiile sale de bază cuprind detectarea, obținerea a cât mai multe și mai sigure dovezi, furnizarea unei baze și asigurarea fundamentului pentru angajarea răspunderii penale de către instanța de judecată. Pe scurt, criminalistica este știința cercetării eficiente și profesionale a infracțiunii, care nu are niciun subdomeniu, nici pe continentul european care i-a dat naștere sau dincolo de frontierele Europei, care să nu servească luptei împotriva criminalității, descoperirii infractorilor și aducerii lor în fața instanței de judecată.

Așa cum am arătat în studiul nostru, scopul criminalisticii se extinde asupra cetățenilor, orașelor, statelor și asupra protecției persoanei și a proprietății în întreaga lume. Criminalistica are atât posibilitatea, cât și obligația de a face față provocărilor în materie de siguranță și de a preveni, dacă este posibil, și reduce preocupările cu privire la aceasta.

Cuvinte-cheie: criminalistica, accident aviatic, urmărire penală, dovadă, metode de investigație

I. Possible results of the case analysis

With these intentions in mind, we set out to examine the (world) widely known disappearance of the Malaysia Airlines Flight 370 that was last seen on 8th March 2014. We consider this analysis quite useful because:

- a) it provides an opportunity to pose basic forensic scientific questions³;
- b) the relevant tendencies of forensic science can be examined through this case⁴;
- c) it could create diverse situations to develop and test different interpretations of the incident;
- d) it makes forensic data analysis possible;

³ Detailed by the author: Entwicklungsmöglichkeiten und Herausforderungen der Kriminalistik. Kriminalistik, 2016/8-9. pp. 509-516.

⁴ See from the author: *Tendencies of forensic science at the start of the 21th century*. In: Revista de Criminologie de Criminalistică și de Penologie, Societatea Română de Criminologie și de Criminalistică. Cluj-Napoca, (Roumania) 2/2005. 278-285.; *World-tendencies of forensic science in the 21th century. Implementation and tendency of state policy on combating crime*. International Scientific Conference Materials-I. Law Enforcement University, Ulaanbaatar, Mongolia, 2013. 178-183.; *Tendențe ale științei investigării crimei la începutul secolului 21*. In: Revista de Criminologie de Criminalistica și de Penologie, Societatea Română de Criminologie și de Criminalistică. Cluj-Napoca, (Roumania) 2/2005. 286-293.; *Tendencii razvitija i perspektivú szdebnj nauki. Vesznyik. Kriminalisztiki. Vüpuszk* 4(16)/2005. Moszkva, Szpark, 2005. pp. 31-37.; *A kriminalisztika XXI. századi világtendenciái*. (Worldtendencies of Criminalistics in XXI. Century) Belügy Szemle, 2013/10. 7-33.

- e) our theoretical, forensic scientific Pyramid model provides an example for practical examination⁵;
- f) it could mirror our model of forensics' principles⁶;
- g) by understanding the circumstances, certain safety risks could be determined;
- h) and new types of prevention, world-tasks, deterrence policy could be established as a counterattack to these risks;
- i) additionally, it could serve as an instruction to security, forensic scientific professionals.

II. The basic fact data of the case

The Malaysia Airlines Flight 370 (MH370, type: Boeing 777-200, built in 1995, with total tank, weighs: 300 tons), which was scheduled to fly from Kuala Lumpur, took off in good weather conditions at exactly 00:40, on the night of 8th March. It seemed it would be another casual trip as the plane was flying to Beijing with 239 persons from over 14 countries on board. (The number adds up from the Malaysian crew of 2 pilots, 10 flight attendants and 227 passengers with the biggest group of 157 Chinese persons.) The aircraft stayed on the planned route for nearly an hour, during which the first officer (co-pilot) was communicating with the Malaysian control tower.

This final message was sent at 01:19, before the first officer signed off with a verbal: "All right, good night". (This was the official version, until on the 1st April the original recording was published with a quite different wording, "Good night, Malaysia three seven zero"). At the same time, the aircraft also crossed the Vietnamese border, still keeping to the given route and heading north. Although it turned out later that the message was sent out just after someone turned off the communication equipment (channel).

By sometimes after the last human contact, the plane deviated from the planned route, turning slightly to the west and slowly climbed up to 13.000 meters. (Military radars estimated 13.700 meters.) Later on, as if diving, the aircraft quickly fell to 7.000 meters. At the Malaysian Penang-Island, it changed its course again, heading towards the Indian-Ocean, thus flying south, straight to the Andaman isles⁷.

By 01:18, the Vietnamese control tower has not yet received any signal from the flight. Sensing something was wrong, they contracted the Malaysian colleagues and for 25 minutes, they tried to clear up any miscalculation.

⁵ *The Pyramid model of criminalistics and its basic principles*. US-(USA-New York) Law Review, 2015/3. pp. 233-243.; *Die Pyramidenmodelle und de Grundprinzipien der Kriminalistik*. Kriminalistik, 4/2013. pp. 247-251.

A kriminalisztika piramismodellje és alapelvei. (The Pyramid model of criminalistics and its basic principles.) *Belügyi Szemle*, 2012/10. 14-26.

⁶ *A kriminalisztika alapelvei* (Basic principles of criminalistics) *JURA* 2013/2. 37-50.

⁷ The chain of islands lay between India and Thailand, with less than 56 populated out of the 570 smaller isles. There are four runways built for aircraft, and all of them were checked on the first day of the disappearance. Even if it had landed in the rainforest or on the shore, it would have been seen from far away. Considering the plane took off with a full tank, it could have reached Kazakhstan or landed in a central Asian-desert, although the latter seems impossible as the Pakistan, Indian and the Afghanistan airspace is too monitored to miss an aircraft.

At 02:15, Malaysia Airlines official signed the Kuala Lumpur air traffic control that the plane kept flying in the direction of Cambodia but it has not yet signed in there either. The Airlines' officials asked around it in Singapore, Hong Kong, and Peking, but no one detected the MH-370 in their airspace.

At 5:30, officials promptly initiated a search and rescue ("alarm") operation over the South-Chinese sea (over Malacca-straight), since the last signal came near from the Andaman isles.

At 8:11, the last signal was from the airplane, detected by a far more sensitive military radar, but it came from an entirely different direction, deep south from surface or under the Indian ocean.

Unfortunately, underwater search has not yet come up with any tangible result. On the 24th March, the Malaysian Prime Minister gave a short statement in which he announced that the flight MH370 had ended in the southern Indian-sea. Based on satellite data, there was nowhere else a plane could have landed⁸.

The search is still ongoing and perhaps it is no exaggeration to say, this might be the biggest co-operation in history, as nations all across the globe join forces. Several countries' naval and aviation units participate in this international operation, next to Malaysia stand China, Vietnam, Taiwan, Philippine Islands, Japan, Norway, Great Britain, Australia, New Zealand and the United States⁹.

In those days, (not yet nowadays) an American automaton underwater vehicle, the Bluefin-21¹⁰ is still conducting deep-sea scanning for the wreckage of the plane, in particular for the flight recorder, which days are cut short by the power outage¹¹.

III. Possible explanations – the versions

Immediately after the flight's disappearance on 8 March 2014, Malaysian officials were under pressure to give a rational explanation, version what could happen. We collected and highlighted the cases with the highest probability of their hypothesis (versions):

⁸ On 28th March experts released a statement that the plane went out of fuel and it had to make an emergency landing, approximately 2.000 kilometers from the western shores of Australia.

⁹ More than sixty vessels, fifty aircraft, a Chinese icebreaker ship, a British survey ship, the HMS Echo, an American destroyer, the US Pinckney and NASA's satellites participate in the search, covering 7.600.000 square meters in 3 months.

¹⁰ The Blue fin-21 is an autonomous underwater vehicle, which is 4,93 meters long, weighs 750 kilograms and it can reach a depth of 4.500 meters in two hours, covering eighty square kilometers in an hour.

¹¹ The flight recorder signal can be detected from two sea miles (3,6 kilometers). Data is safely stored even if the battery is long depleted. In a 2009 accident, when an Air France flight crashed, its 'black box' was only found two years later in the bottom of the Atlantic-ocean. Though important data and conversation of the pilots could still be extracted, it was only found because they were lucky. This name, 'black box', is a misnomer, as the orange half sphere does not have any resemblance to a square box. They usually weigh 10 kilograms and put at the back of the plane in pairs. One of them documents recent flight history, the other one is the cockpit voice recorder. If they are placed in water, they whistle every second. After the French accident, most airlines extended the battery life from 30 days to 90 days. The MH370 lacked this important feature, so it is left to the researchers to find the needle in the haystack.

- A) hijacking,
- B) terrorist act,
- C) passengers with mental disorder,
- D) flight crew with mental disorder,
- E) personal conflict between passengers,
- F) insurance fraud (family support),
- G) in-flight fire,
- H) mechanical failure.

Ad A) Early statements strongly backed the hijacking interpretation of the accident, giving hope to the passengers' relatives. This reasoning hinted that the plane might have landed somewhere safely, their friends and families may still be alive. Initial hopes rapidly turned into despair as – mainly Chinese – relatives demanded clear and tangible (hard) evidence. Only there was nothing to give, no distress call from the pilots, not from the crew, or even from one passenger out of the 227 others with countless digital devices (mobiles, tablets, notebooks). With any hijacking incident, there is usually a demand from the attackers, but in this case, no affected country received any, and the landing of MH370 was not detected by any civilian or military radar, satellite.

Ad B) The same reasons mentioned in A) make a terrorist attack highly unlikely. There are no “negative clues”, meaning there is no evidence that would indicate terrorism. There were no demands, no claiming responsibility and the plane did not crash into any building, or into any other “hostile” ground target for that matter. As for the likelihood of the plane being shot down, it is nigh impossible, considering the sheer number of both military radars and satellites in the area, increased sound and light levels would have been discovered easily.

Ad C) On the first day of the accident, a background check was already running on all the persons traveling on board. With the help of 26 different countries' “investigating-secret service-military-air security” units, the procedure was completed in mere days. Beyond a flight engineer, who was briefly suspected, only two passengers were screened out. An Italian named Luigi Maraldi and an Austrian, Christian Kozel. In reality, the men behind the stolen passports were, Puri Nur Mohammadi and Delavar Seyed Mohammadreza¹². On 11 March, these two Iranians were identified with the help of Interpol. They traveled with their own passport from the Doha to Kuala Lumpur and then boarded the Malaysian plane with the stolen passports. Their final destination would have been Amsterdam where they would have parted ways, leaving for Copenhagen and Frankfurt, all in the hopes of employment.

Ad D) There was nothing suspicious about the flight attendants, although Captain Zaharie Ahmad Shah did have something unusual. The 53-year-old-man has already

¹² The two tickets were bought from China Southern Airlines, which operates certain flights together with Malaysia Airlines, and were paid with Thai baht. The younger Iranian's mother contacted authorities when his son had not arrived at Frankfurt, where he could only enter with a fake passport, due to the travel restrictions imposed on Middle-East countries.

flown over 19.000 hours, it came naturally to him to pursue flying in his free time so much in fact, that he built a flight simulator at home¹³. It would not have been that unusual if not for a recently deleted data. The electronic data provided by the simulator is being analyzed by the FBI to see if they can sort out the disappearance. The investigators also found a short instruction to the captain home-built flight simulator and a picture from 2012. The runway on this picture is particularly interesting as it looks similar to the one in the east Iranian Kanarek, which happens to be in the disappeared plane's reach. Even if there is no known landing by the same plane in Iran, the possibility is still there. In another video, he gives tips to save energy with a little tinkering on an air-conditioner. Further investigations turned up some questionable ideas on his political stance. He is assumed to be the Malaysian opposition's activist, this, however, has not yet to be confirmed. Just like the captain, his co-pilot is not all above suspicion either, as the 27-years-old Fariq Abdul Hamid broke some rules in his time flying a plane. After an unsuccessful house-search, investigators found out, that during a short flight from Phuket to Kuala Lumpur, he let two South-African women into the cockpit and entertained them while also allowed them to smoke, which is strictly prohibited. While it is important to note that the pilots did not ask to fly together, officials have yet to disclose any information on their relation to each other and to their family.

Ad E) The crew did not report any personal conflict between the passengers, nor did the passengers send messages or distress signals on this matter.

Ad F) The Malaysian officials have not given any statement about insurance fraud. In spite of it is possible that someone simulated the tragic accident so their relatives could pick up a significant amount of insurance money. Even though it is not part of the official investigation, we could not disclose this version.

Ad G) Several experts and pilots suggested the real reason behind the accident might have been fire. As they pointed out, the pilots wanted to localize and put out the fire by turning off the communication equipment along with all electronic devices. Unfortunately, both of them died of carbon dioxide poisoning and the autopilot (robot) continued the flight until the tanks run out of fuel. (Or they might have tried reaching the nearest runway. They turned to the west, to land at the Langkawi-Island's airport.)

As logical as it may sound, earlier data makes these assumption highly questionable, if not impossible. To start with, there is no rule for turning off communication equipment in case of fire. Secondly, the co-pilot's final message in no way indicated any danger on board and it came only after the equipment was turned off. Thirdly, if the cockpit fills with smoke, pilots have oxygen masks, so we can dismiss poisoning easily. Lastly, this came up later as a strong counter argument, the plane did not turn to the west by moving the yoke, but by programming new flight directions into the computer, meaning they were not in short of time or in danger¹⁴.

¹³ A home-built simulator can be used for non-official practices, pilots could try out some maneuvers, like testing the plane's durability in a takeoff or landing, flying below the field of vision, practicing stealth and shadowing other planes while not getting detected by military radars.

¹⁴ Usually, long time pilots consider all the possible runways along the flight, in case of emergency.

Ad H) In our opinion, mechanical failures make up a separate category from an in-flight fire. They could have been caused by external factors such as lightning, tornado or air currents. If we do examine the weather conditions, we can rule them out easily. Firstly, the weather along the planned path was nothing uncounted for, secondly, there was no distress signal from the cockpit, thirdly, the western turn only happened after the co-pilot's goodbye and lastly, the ACARS-system did not send a mechanical-technical error message to the aircraft manufacturer.

IV. Details of the investigation

1. Safety communication channels

Because of the later mentioned ACARS-system, it is important to clarify the plane's safeguarding communication system. If we have a deeper understanding of this equipment, it could mean a greater chance to uncover the mystery which would lead to answering the main questions of criminalistics eventually.

a. There is an ultra-short-wave radio in the cockpit and two types of satellites, which all connect the airplane to the air traffic control. The primary, traditional radar determines the plane's geographical position but not the altitude, as the electromagnetic wave's reflection can only tell us so much. To know so, we need the secondary radar, which is connected to a transporter on the plane. It transmits the details of the flight. Beyond the actual altitude and the flight's number, it could tell the remaining fuel and how high the craft would ascend¹⁵.

b. Usually, every plane has a GPS, although, if the pilots do not share the data with the air control periodically, there is no way to access it from the ground. Technically, it is possible to send the GPS coordinates to a satellite which then spreads the information on a global scale. Except this would be an expensive procedure, to equip every single civilian aircraft. It should be noted, that a new generation of automatic dependent surveillance-broadcast is already being developed, which will periodically transmit GPS data and will be accessible from the ground.

c. We have already mentioned the ACARS decoder which has two ways to communicate with the aircraft's or the engines' manufacturer. They could either use a URH-radio or a rather costly satellite¹⁶.

d. It seems nowadays everything can connect to a satellite, it is true that there is a lot of them, but they can only cover a particular area, not the whole surface of the Earth. Another weakness beyond the limited range is that their scope only extends to 300-400 kilometers from the coast, and there are not many satellites over the ocean so far¹⁷.

¹⁵ Terrorists and hijackers start with turning off the transporter, for example, the 09/11 American attacks, the first thing the hijackers did, was just that.

¹⁶ Owing to this, there are several blind spot flights. For example, on 1 June 2009, the air France flight 477's signal was detected by the Senegal radars even though, the Airbus A 330 had already crashed into the ocean. In this case, only the ACARS worked correctly.

¹⁷ It may happen, that when an airplane lands, mechanics are already waiting to repair any mechanical fragility, failure or replace a component, as the plane reported it without any input from the pilots. The

Radars have to deal with the curvature of the Earth, so their line of vision is no greater than 400 kilometers. There are not a lot of radars over the ocean, so the only means of communication left is the short-wave radio.

2. The content of the audio recording

When at the end of March, the Inmarsat Co. published the final, uncut radio conversation between the MH370 cockpit and the air traffic control, flying experts concluded that the whole discussion was nothing out of the ordinary, except for two minor details.

The first unusual remark came from the first pilot, who informed the ground staff of the flight's altitude, even though the reporting system did just the same, making the pilot's comment entirely pointless.

The plane took a sharp turn to the west and somebody cut the communication just when the Kuala Lumpur air traffic control gave over to the Vietnamese Ho Si Minh colleagues. This little void has a great significance, many pilots say this would be an ideal time for an illegal activity (hijacking, theft) because of the temporary blind spot¹⁸. During the MH370 flight, this was the first moment when it was completely invisible to the ground¹⁹.

3. Cargo

Several days after the disappearance, Malaysian authorities disclosed the complete cargo beyond the passengers. As it turned out, there was a significant amount of lithium-ion batteries in the cargo bay. There were mostly built into phones, tablets and – in our case a considerable detail – they are highly flammable. However, we have already debunked the in-flight fire, as there were no reports of flames, smoke, this seems irrelevant to our question.

4. Aircraft's oxygen system

Most planes operating at 9-12.000 meters have depressurized cabins for safe oxygen flow, as it is necessary for normal bodily functions. It only gets more dangerous at 13.000 meters. If at this altitude, someone shuts off the cabin pressurization, (thus causing decompression), the oxygen masks automatically drop and have sufficient air for

Malaysian aircraft sent similar ACARS signals to Rolls Royce, but it did not report any mechanical failure. After the last civilian radar sighting, it still gave a signal hourly, which was intercepted by Malaysian military radar. Curiously, we only know which area was covered at 8:10 via the satellite.

¹⁸ Some experts brought this up, because the one piloting the MH370 could have deliberately shadowed a Boeing 777-200, flight SA68 flying from Singapore to Barcelona, for 15 minutes after the western turn, it very well could have been going unnoticed by the ground control. The other plane could not detect them either, as both of the communication systems were turned off.

¹⁹ Military radars have better resolution than civilian ones. It may have happened many times, but the operators usually think it is a radar echo, which is a normal error.

15 minutes. The pilots have an independent oxygen system, this way they or anybody else flying the plane could survive decompression.

V. Establishing our own version

We have collected and examined all possible solution and still haven't given any hint to our evaluation. Finally, it is entirely in the reader's right to demand answers.

As rightful the request is, we try to analyze the evidence with the expertise of a crime analyst. We have already created the same versions stated above on the 8th March and tested all of them with the help of media reports. Which one passed our thorough examination, you may ask? So far, there is only one with less deficiency than the others, though we cannot say for certain that ours is beyond all reasonable doubt, it has merely more circumstantial evidence.

As we have already checked every detail, there is nothing that would suggest any kind of mechanical failure or natural disaster. We can safely conclude that the communication channels' switch off and the two harsh turns to the west were the products of deliberate (intentional) human action. Beyond the execution, we see no sign of terrorist attack, hijacking. It took some time to program the instructions and we have no distress calls from the staff or from the passengers. That said, the "negative clues" – as we continuously repeat it in our teachings – should not be overlooked, but assessed with great care. This means we have to scrutinize not just what we can see, hear and have, but the unseen, unheard facts that should have been available. In this case, the distress signals are all missing. Not one person out of the 239 including the pilots, staff and the passengers armed with plenty of electronic devices did leave even just a hint. Practically, the silence was "alive" long after the disappearance. From 01:19 to 08:11, there is literally nothing to begin with. There could not have been any mechanical failure or natural disaster behind the accident. Perhaps we have to face the inevitable. There might have been nobody left to send the warning. As terrible as it may sound, we can rule it quickly, though. All evidence point to deliberate human action. Someone had to switch off the communication channels and had to know that the ACARS-system posed no threat, as it merely reports the mechanical state of the aircraft, it could not endanger their plan.

What could have endangered their plan was the human factor. The flight attendants or even the passengers could have noticed the significant out-of-trim conditions and the deviation of the flight path. To counter this, all humans could have been neutralized, which would give us an entirely plausible ground to the "negative clues", as to missing distress signal from the sky. There could be only one explanation to the void. In our version, there were one or two persons left alive on board for this long and this could only be the captain or the co-pilot. The latter one could be left out for numerous reasons – of course, this is based on only our reasoning – for example, not many 27-years-old would crash a plane (he did not quite have the skills, routine necessary for the difficult maneuvers), he was more of a dashing, skirt chaser young co-pilot. They did not find anything

suspicious in his background check. The same cannot be said for the captain in command. There are several circumstantial pieces of evidence against him:

a) He was an experienced pilot who knew well this type of airplane.

b) He flew 19.000 hours and with the help of his home built simulator, he was well prepared to fly at 13.700 meters or 7.000 meters, knew the tricks of ascending, descending. He could have been preparing for this for his whole life.

c) He was innovative, creative man. During a home search, investigators found a new type of fuel-saving model.

d) By the age of 53, he was already an accomplished man. There might be an emotional²⁰, intellectual, religious²¹, political, professional or financial reason that threw him off balance and turned him to crime.

e) If a pilot ever considered revenge or suicide, no matter how grave the consequences are, he would leave this world on wings.

f) This deed couldn't be carried out without the help of the pilot-in-command, except if he was substituted by the copilot.

g) There is a little to no chance of dual perpetration. None of them asked for the other person and we know nothing of their previous relation, discussions (nevertheless, it is an important "negative clue").

h) The co-pilot signed off in a calm tone. He did so after the first communication equipment was switched off deliberately, perhaps by the captain.

i) Inside the cockpit, there are a thousand ways to dispatch the co-pilot. As for the outside, ascending to 13.700 meters, thus creating an oxygen rare environment could silence any witness while the pilot would still have his own oxygen mask.

j) The one flying the plane aimed to be hidden by all means; shadowing another plane, flying too high or too low, precisely timing the first turn, taking advantage of the blind spot and the dead time, opting for the shortcut to Malaysia, then flying over the ocean as soon as possible, are all connected to the want to remain unseen.

k) Reaching the ocean undetected could mark several rational objectives; avoiding radars, eliminating the psychical possibility to land because of the limited amount of fuel, or he didn't want to give himself the chance to give up his deadly endeavor by flying over water, as this type of airplane was not built to land in these conditions, nor could an inceptor aircraft do any much else to stop the plane from crashing.

Our account has not been contradicted yet, but we cannot be absolutely certain. Every single argument, which holds the crew somehow responsible for their deliberate or unintentional action, was ignored by the Malaysian authorities.

²⁰ With respect to criminalistics – it may sound strange sometimes – it is not entirely baseless to look into the idea of French 'cherchez la femme!' Could there be a woman behind the accident? We don't know anything about the captain's personal life. The authorities have not yet disclosed any information to this day. (They haven't reported any intimate relationship with man either, which, by Malaysian law, is prohibited.)

²¹ There might be some religious, political fanaticism in the pilot's background although the authorities haven't confirmed any oppositional activity linked to extremism.

The black box is our last hope, assuming someone spoke in the last two hours. They might have left a final message to the posterity or there were others speaking, although they must have known of this device. We should keep in mind that in the French accident even after two years, the black box was the key to solving the mystery.

We may yet to know what was deleted from the simulator, which could either strengthen our hypothesis or it may just be another diligent, honest pilot's practice at home and nothing else.

In the future, some unforeseen twist might just change everything we know right now, as we continuously repeat; "one of the greatest policemen is coincidence". We might find some data, new development from human or digital sources that will shed light on the disappearance and answer all our questions. Let's hope it!

Scurte considerații privind infracțiunea de abuz în serviciu ulterior pronunțării Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale a României

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

Avocat **Vlad Radu BĂRAN****
Baroul Timiș

Abstract

This study analyses the offence of abuse of office, according to the Decision no. 405/2016 of the Constitutional Court of Romania. In the first part of the work, we examined the findings of the constitutional litigations court, which led to the settlement expressed by the previously mentioned decision, we proceeded, in the second part, to a brief analysis of the effects of Decision no. 405/2016, and in the third part, we approached the issue of the value threshold in case of the offence of abuse of office. The last part of our work analyses the law draft for the amendment and addition of Law no. 286/2009 regarding the Criminal Code, putting this proposal into contrast with the legislative solution established by the Governmental Emergency Ordinance no. 13/2017.

Keywords: *abuse of office, Decision no. 405/2016 of the Constitutional Court of Romania, lack of clarity, precision and predictability, last ratio, value threshold, reformation of the incrimination norm*

Rezumat

Prezentul studiu analizează infracțiunea de abuz în serviciu prin prisma Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale a României. În prima parte a lucrării am examinat constatările instanței de contencios constituțional care au condus la soluția exprimată prin decizia anterior menționată, în cea de-a doua parte am procedat la o scurtă analiză a efectelor Deciziei nr. 405/2016, iar în cea de-a treia parte am abordat problema pragului valoric în cazul infracțiunii de abuz în serviciu. În ultima parte a lucrării am analizat proiectul de lege pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, punând, totodată, în contrast această propunere cu soluția legislativă instituită prin O.U.G. nr. 13/2017.

* adrian.fanu@e-uvt.ro

** baranvlad@gmail.com

Cuvinte-cheie: abuz în serviciu, Decizia nr. 405/2016 a Curții Constituționale a României, lipsă de claritate, precizie și previzibilitate, ultima ratio, prag valoric, reformarea normei de incriminare

1. Preliminarii

Prin Decizia nr. 405 pronunțată la data de 15 iunie 2016 de către Curtea Constituțională a României¹, instanța de contencios constituțional a admis excepția de neconstituționalitate ridicată și, prin dispozitivul deciziei, a constatat că „dispozițiile art. 246 C. pen. 1969 și ale art. 297 alin. (1) C. pen. sunt constituționale în măsura în care prin sintagma «îndeplinește în mod defectuos» din cuprinsul acestora se înțelege «îndeplinește prin încălcarea legii»”.

Pentru a pronunța această soluție, Curtea Constituțională a constatat, în primul rând, faptul că îndeplinirea unei atribuții de serviciu implică manifestarea de voință din partea persoanei în cauză, care se concretizează în acțiunile efective ale acesteia și care are ca scop ducerea la bun sfârșit/realizarea obligației prescrise. Realizarea acestui demers se raportează atât la un standard subiectiv (intern) al persoanei care exercită atribuția de serviciu, cât și la un standard obiectiv. Standardul subiectiv ține de forul intern al persoanei respective, iar în măsura în care acesta este atins, ține de autoevaluarea acțiunilor întreprinse. Standardul obiectiv are ca element de referință principal normativul actului care reglementează atribuția de serviciu respectivă.

În al doilea rând, Curtea a reținut că, întrucât standardul obiectiv este determinat și circumscris prescripției normative, reglementarea atribuțiilor de serviciu și a modalității de exercitare a acestora determină sfera de cuprindere a acestui standard. Acest standard nu poate, fără a încălca principiul previzibilității, să aibă o sferă de cuprindere mai largă decât prescripția normativă în domeniu. Prin urmare, unei persoane nu i se poate imputa încălcarea standardului obiectiv prin constatarea neîndeplinirii de către acesta a unor prescripții implicite, nedeterminabile la nivel normativ, sau cuprinse, de pildă, în hotărâri ale Guvernului, în ordine ale miniștrilor, în regulamente de organizare și funcționare, în coduri deontologice sau în fișe ale postului. În aceeași logică, Curtea a reținut și faptul că, chiar dacă anumite acțiuni sau inacțiuni, ce însoțesc exercitarea unei atribuții de serviciu, se pot baza pe o anumită uzanță, aceasta nu se poate circumscrie, fără încălcarea principiului legalității incriminării, standardului obiectiv ce trebuie avut în vedere în determinarea faptei penale.

Având în vedere aceste argumente, faptul că termenul „defectuos” nu este definit în Codul penal, precum și faptul că legiuitorul nu a operat o circumstanțiere expresă în sensul precizării elementelor față de care defectuozitatea trebuie analizată², lipsa de claritate, de precizie și de previzibilitate a acestuia este evidentă, motiv pentru care, raportat la imperati-vele constituționale consacrate în art. 1 alin. (5), precum și la prevederile art. 19 din Convenția

¹ Publicată în M. Of. nr. 517 din 8 iulie 2016.

² Deși defectuozitatea în îndeplinire poate privi conținutul, forma sau întinderea îndeplinirii, momentul efectuării sau condițiile de efectuare etc., nu este precizat standardul la care trebuie raportată defectuozitatea.

Națiunilor Unite împotriva corupției³, potrivit cărora, pentru a exista infracțiunea de „abuz de funcții”, agentul public trebuie să îndeplinească ori să se abțină să îndeplinească, în exercițiul funcțiilor sale, un act cu încălcarea legii, sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul textului de incriminare „nu poate fi interpretată decât în sensul că îndeplinirea atribuției de serviciu se realizează «prin încălcarea legii»”.

Pe de altă parte, instanța de contencios constituțional a apreciat că „raportarea la prescripția normativă trebuie realizată și în ipoteza neîndeplinirii unui act”, cu atât mai mult cu cât, în domeniul penal, o inacțiune dobândește semnificație ilicită doar dacă aceasta reprezintă o încălcare a unei prevederi legale exprese care obligă la un anumit comportament într-o situație determinată.

Pe cale de consecință, Curtea Constituțională a statuat, în mod expres, că nu doar îndeplinirea defectuoasă a unui act trebuie analizată numai prin raportare la atribuțiile de serviciu reglementate expres prin legislația primară (legi și ordonanțe ale Guvernului), ci și neîndeplinirea actului. Astfel, „în cazul în care neîndeplinirea ori defectuoșitatea îndeplinirii unui act nu s-ar raporta la atribuții de serviciu prevăzute într-un act normativ cu putere de lege, s-ar ajunge la situația ca în cazul infracțiunii de abuz în serviciu elementul material al acesteia să fie configurat atât de legiuitor, Parlament sau Guvern, cât și de alte organe, inclusiv persoane juridice de drept privat, în cazul fișei postului, ceea ce nu este de acceptat în sistemul juridic de drept penal”, întrucât s-ar încălca prevederile art. 1 alin. (4) din Constituție⁴.

2. Efectele Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale a României

Având în vedere că în dispozitivul Deciziei nr. 405/2016 Curtea Constituțională s-a limitat la a arăta doar modalitatea în care trebuie interpretată sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul dispozițiilor art. 246 C. pen. 1968 și ale art. 297 alin. (1) C. pen., interpretându-se efectele acestei decizii, în literatura de specialitate⁵ s-a arătat că „funcționarul public va răspunde numai dacă îndeplinirea defectuoasă a actului a fost făcută cu încălcarea legii; și nu orice lege, ci numai aceea adoptată de Parlamentul României, precum și ordonanțele și ordonanțele de urgență ale Guvernului – după cum a statuat Curtea Constituțională a României, prin decizia sus-menționată.

Iese din acest peisaj prima modalitate normativă a elementului material – neîndeplinirea actului –, aceasta subzistând și atunci când inacțiunea funcționarului public s-a făcut prin încălcarea altor norme juridice – altele decât legea în accepțiunea de mai sus”.

Nu putem fi de acord cu interpretarea de mai sus, aceasta bazându-se exclusiv pe o analiză gramaticală a dispozitivului Deciziei nr. 405/2016, omițând însă considerentele care au condus la soluția prevăzută în dispozitiv.

³ Adoptată la New York, la 31 octombrie 2003, și ratificată de România prin Legea nr. 365/2004, publicată în M. Of. nr. 903 din 5 octombrie 2004.

⁴ A se vedea par. 56, 60 și 64 ale Dec. CCR nr. 405/2016.

⁵ Gh. Ivan, *Abuzul în serviciu – între incriminare și dezincriminare*, în Pro Lege nr. 3/2016, disponibil online: <http://revistaprolege.ro/pro-lege-nr-32016>.

Astfel, așa cum am arătat anterior, prin considerentele deciziei pronunțate, Curtea Constituțională a arătat, în mod explicit, faptul că și neîndeplinirea actului trebuie analizată numai prin raportare la atribuțiile de serviciu reglementate expres prin legislația primară – legi și ordonanțe ale Guvernului.

Prin urmare, chiar dacă această dezlegare nu este prevăzută expres în dispozitivul Deciziei nr. 405/2016, ea este prevăzută în considerentele hotărârii.

Or, în jurisprudența sa⁶, Curtea Constituțională a României a statuat, cu valoare de principiu, că forța obligatorie ce însoțește actele jurisdicționale, deci și deciziile Curții Constituționale, se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină acesta. Prin urmare, Curtea a reținut că atât considerentele, cât și dispozitivul deciziilor sale sunt general obligatorii și se impun cu aceeași forță tuturor subiecților de drept.

În aceste condiții, ca urmare a pronunțării Deciziei nr. 405/2016 și a publicării acesteia în Monitorul Oficial al României, organele judiciare sunt obligate să verifice întrunirea elementelor de tipicitate ale infracțiunii de abuz în serviciu, în ambele modalități prevăzute de textul de incriminare, numai prin raportare la atribuții de serviciu prevăzute într-un act normativ cu putere de lege.

În concluzie, în eventualitatea în care atribuția de serviciu nu este prevăzută, în mod expres, într-o lege, ordonanță sau ordonanță de urgență a Guvernului (este prevăzută, de pildă, într-o hotărâre a Guvernului sau într-o hotărâre de consiliu local), în caz de neîndeplinire a acesteia sau de îndeplinire defectuoasă, procurorul va fi obligat să pronunțe o soluție de clasare, iar instanța de judecată o soluție de achitare, în temeiul art. 16 alin. (1) lit. b) teza I C. pr. pen.

Lucrurile se complică însă în situația în care, anterior pronunțării Deciziei nr. 405/2016 și a publicării acesteia în Monitorul Oficial al României, intervenise deja o hotărâre definitivă de condamnare pentru săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu prin care s-a constatat neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a unei atribuții de serviciu care nu era însă prevăzută într-un act normativ cu putere de lege.

Problema este generată de faptul că Decizia nr. 405/2016 a Curții Constituționale a României este o decizie interpretativă, care a selectat, din mai multe interpretări posibile ale textului de incriminare, pe aceea care se supune rigorilor constituționale, orice altă interpretare fiind nelegală și contrară Constituției.

Prin urmare, textul art. 297 alin. (1) C. pen. trebuia interpretat în sensul arătat de Curte încă de la momentul reglementării sale, orice altă interpretare ducând la pronunțarea unei hotărâri nelegale. Vom avea aceeași situație și în cazul art. 246 C. pen. 1968, acest text trebuind a fi interpretat în sensul arătat de Curte de la intrarea în vigoare a Constituției României.

Cu alte cuvinte, în măsura în care s-a pronunțat condamnarea unei persoane pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a unei atribuții de serviciu ce nu era prevăzută

⁶ A se vedea Dec. Plenului CCR nr. 1/1995, publicată în M. Of. nr. 16 din 26 ianuarie 1995; Dec. CCR nr. 1415/2009, publicată în M. Of. nr. 796 din 23 noiembrie 2009; Dec. CCR nr. 414/2010, publicată în M. Of. nr. 291 din 4 mai 2010; Dec. CCR nr. 794/2016, publicată în M. Of. nr. 1029 din 21 decembrie 2016.

într-o lege, ordonanță sau ordonanță de urgență a Guvernului, soluția de condamnare este nelegală deoarece fapta inculpatului nu constituia infracțiunea de abuz în serviciu.

Având în vedere aceste argumente, apreciem că, urmare a publicării în Monitorul Oficial a Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale, nu avem de-a face cu o dezincriminare parțială a infracțiunii de abuz în serviciu prin raportare la faptul că neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a unei atribuții de serviciu care nu este prevăzută într-un act normativ cu putere de lege nu ar mai întruni elementele de tipicitate ale infracțiunii de abuz în serviciu, așa cum în mod eronat s-a reținut în practica judiciară⁷, ci cu stabilirea interpretării corecte, în acord cu dispozițiile constituționale, a textului de incriminare.

Mai precis, deși s-ar părea că prin decizia instanței de contencios constituțional a fost restrânsă incidența textului de incriminare doar cu privire la atribuții de serviciu prevăzute într-o lege, ordonanță sau ordonanță de urgență a Guvernului, în realitate, textul art. 297 C. pen. și, respectiv, cel al art. 246 C. pen. 1968, nu au avut niciodată o arie de incriminare mai largă, ele nevizând niciodată atribuții de serviciu cuprinse, de pildă, în hotărâri ale Guvernului, în ordine ale miniștrilor, în regulamente de organizare și funcționare, în coduri deontologice sau în fișe ale postului, motiv pentru care, numai în aparență avem de-a face cu o dezincriminare parțială a infracțiunii.

Totodată, nu avem de-a face cu o dezincriminare parțială generată de incidența sancțiunii prevăzute de art. 147 alin. (1) din Constituția României ca urmare a stării de pasivitate în care a rămas legiuitorul primar sau delegat, deoarece, prin Decizia nr. 405/2016, Curtea Constituțională nu a constatat neconstituționalitatea unor dispoziții legale.

Pe cale de consecință, în cazul în care, anterior publicării în Monitorul Oficial al României a Deciziei nr. 405/2016, s-a dispus condamnarea definitivă a unei persoane pentru săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu, hotărâre prin care s-a constatat neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a unei atribuții de serviciu care nu era însă prevăzută într-un act normativ cu putere de lege, soluția de condamnare este în mod evident nelegală întrucât fapta săvârșită nu constituia (nici atunci) infracțiunea de abuz în serviciu. Într-o astfel de situație avem de-a face cu o gravă eroare de interpretare a textului art. 246 C. pen. 1968 sau a textului art. 297 C. pen., eroare comisă de către instanțele de judecată care au lărgit aria de incidență, dincolo de bariera constituțională, a textului de incriminare⁸, iar nu cu atribuirea unor efecte *ex tunc* Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale.

Cu alte cuvinte, prin decizia interpretativă pronunțată, Curtea Constituțională nu dă o interpretare nouă și diferită textului de incriminare, care, dacă s-ar aplica și raporturilor juridice trecute, ar putea constitui o aplicare retroactivă a efectelor acestei hotărâri, ci doar indică semnificația și domeniul de aplicare al normei, așa cum acestea trebuiau înțelese și aplicate de la momentul intrării în vigoare a normei juridice sau de la momentul intrării în vigoare a Constituției României (în situația în care norma juridică ar fi intrat în vigoare anterior Constituției – de pildă, în cazul art. 246 C. pen. 1968).

⁷ A se vedea, de pildă, Dec. nr. 20 pronunțată la data de 9 februarie 2017 de către C. Ap. Alba Iulia – S. pen., în cauza ce a format obiectul dos. nr. 4754/97/2016; sent. pen. nr. 134 pronunțată la data de 23 martie 2017 de către Trib. Arad, S. pen., în cauza ce a format obiectul dos. nr. 1119/108/2017, nepublicate.

⁸ Deși acestea erau obligate, în acord cu prevederile art. 1 alin. (5) din Constituția României, în primul rând, la respectarea Legii fundamentale.

Pe de altă parte, într-o astfel de situație, întrebarea firească care se pune vizează stabilirea remediului procesual în caz de condamnare nelegală a unei persoane pentru săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu, unica soluție legală fiind reprezentată de promovarea unei contestații la executare întemeiată pe prevederile art. 598 alin. (1) lit. d) C. pr. pen., această situație putând fi asimilată – alături de intervenția unei legi de dezincriminare după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare – unei cauze de stingere a pedepsei pronunțate.

Această modalitate de reparație, deși poate părea forțată, reprezintă unicul remediu procesual prevăzut în legislația noastră actuală. În contextul în care, ulterior publicării în Monitorul Oficial a Deciziei nr. 405/2016, o persoană nu mai poate fi condamnată pentru săvârșirea unei infracțiuni de abuz în serviciu decât în situația în care a fost încălcată o atribuție de serviciu prevăzută expres într-un act normativ cu putere de lege, este nepermis ca persoane aflate deja în executarea unei pedepse pentru săvârșirea unei infracțiuni de abuz în serviciu la care au fost condamnate definitiv anterior pronunțării și publicării în Monitorul Oficial a Deciziei nr. 405/2016, să continue să execute pedeapsa, deși și-au încălcat o atribuție de serviciu prevăzută, de exemplu, în fișa postului întocmită de entitatea privată angajatoare, iar în prezent, pentru aceeași faptă, s-ar dispune o soluție de achitare sau clasare. Acest remediu procesual, deși suficient pentru a stopa executarea unei pedepse privative de libertate, nu are însă aptitudinea de a face dreptate.

Astfel, prin promovarea contestației la executare, condamnatul nu va fi achitat prin raportare la împrejurarea că fapta sa nu era prevăzută de legea penală, ci doar pus în libertate și, prin urmare, deși avem de-a face cu o evidentă eroare judiciară, el nu poate beneficia de prevederile art. 538 C. pr. pen. care reglementează dreptul la repararea pagubei în caz de eroare judiciară – cu toate că a fost condamnat pentru o faptă care nu era prevăzută de legea penală și, prin urmare, a trebuit să-și sacrifice pe nedrept libertatea, sănătatea (fizică și, mai ales, psihică), familia, statutul social, cariera și să îndure, în mod inechitabil, greutățile inerente unei detenții.

În acest context, raportat la multitudinea de decizii interpretative existente în jurisprudența Curții Constituționale, apreciem că este necesară reglementarea expresă a efectelor unor astfel de decizii ale instanței de contencios constituțional, dublată de reglementarea unei căi de atac specifice împotriva deciziilor definitive de condamnare, pronunțate ca urmare a unei interpretări judiciare nelegale și „defectuoase”, contrară rigorilor constituționale, a unui text de incriminare, care să genereze, în final, o soluție de achitare.

Considerăm totodată că, pentru a se elimina orice dubiu și discuții suplimentare, ar trebui să se recunoască în mod expres valoarea declarativă a deciziilor interpretative ale Curții Constituționale, cu consecința recunoașterii faptului că efectele acestora se aplică de la data intrării în vigoare a normei interpretate, situația fiind similară, dintr-un anumit punct de vedere, cu pronunțarea unei hotărâri preliminare de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene prin care este interpretată o normă de drept european⁹.

⁹ A se vedea, în acest sens, Hot. din 27 martie 1980, *Denkavit italiana*, C-61/79, pct. 16; Hot. din 10 februarie 2000, *Deutsche Telekom*, C-50/96, pct. 43; Hot. din 13 ianuarie 2004, *Kuhne & Heitz*, C-453-00, pct. 21; Hot. din 19 octombrie 1995, *Richardson*, C-137/94, pct. 33.

În acest sens, s-a arătat că „în jurisprudența sa, CJUE a reținut că interpretarea pe care a dat-o unei norme de drept european, în exercitarea competenței pe care i-o conferă art. 234 (actual art. 267 din TFUE – *n.a.*), lămurește și precizează, dacă este nevoie, semnificația și domeniul de aplicare ale acestei norme, astfel cum trebuie sau ar fi trebuit să fie înțeleasă și aplicată de la intrarea sa în vigoare (...). Cu alte cuvinte, o hotărâre preliminară nu are o valoare constitutivă, ci pur declarativă, cu consecința că efectele sale se aplică, în principiu, de la data intrării în vigoare a normei interpretate (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 19 octombrie 1995, *Richardson*, C-137/94, pct. 33). Astfel, deciziile interpretative ale CJUE fac corp comun cu norma interpretată și se aplică în toate situațiile în care se aplică dreptul european interpretat, adică și raporturilor juridice care s-au născut/modificat/stins anterior pronunțării deciziilor și care nu sunt încă definitive (adică fac obiectul unor litigii *pendinte*)”¹⁰.

3. Problema pragului valoric în cazul infracțiunii de abuz în serviciu

Prin Decizia nr. 405/2016, Curtea Constituțională, în mod preliminar, a constatat faptul că în exercitarea competenței de legiferare în materie penală, legiuitorul trebuie să țină seama de principiul potrivit căruia incriminarea unei fapte ca infracțiune trebuie să intervină ca ultim resort în protejarea unei valori sociale, ghidându-se după principiul „*ultima ratio*”. Astfel, în materie penală, acest principiu nu trebuie interpretat ca având semnificația că legea penală trebuie privită ca ultimă măsură aplicată din perspectiva cronologică, ci trebuie interpretat ca având semnificația că legea penală este singura în măsură să atingă scopul urmărit, alte măsuri de ordin civil, administrativ etc. fiind improprie în realizarea acestui deziderat. Prin urmare, Curtea a concluzionat că „din perspectiva principiului «*ultima ratio*» în materie penală, nu este suficient să se constate că faptele incriminate aduc atingere valorii sociale ocrotite, ci această atingere trebuie să reprezinte un anumit grad de intensitate, de gravitate, care să justifice sancțiunea penală”.

În continuare, Curtea Constituțională României a observat faptul că principiul „*ultima ratio*” este receptat atât în jurisprudența altor curți constituționale, cât și în cuprinsul unor documente emise de către Comisia de la Veneția sau alte entități europene.

Astfel, s-a reținut că prin Decizia din 10 noiembrie 2005, pronunțată în Cazul nr. 01/04, Curtea Constituțională a Lituaniei a statuat că principiul constituțional al statului de drept ar fi încălcat în cazul în care răspunderea juridică a fost stabilită în lege pentru o astfel de faptă care nu este periculoasă pentru societate și, prin urmare, nu trebuie sancționată, respectiv răspunderea juridică a fost stabilită în lege pentru o faptă care este contrară legii și a cărei sancțiune sau pedeapsă impusă celui care a săvârșit-o este în mod evident prea mare, disproporționată, inadecvată cu încălcarea comisă și, prin urmare, injustă.

De asemenea, Tribunalul Constituțional din Portugalia a reținut că într-un stat democratic bazat pe domnia legii trebuie să se acorde atenție principiului constituțional potrivit

¹⁰ Dec. nr. 45/2017 a ÎCCJ – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materia contenciosului administrativ și fiscal, publicată în M. Of. nr. 386 din 23 mai 2017, pct. 65 și 66.

căruia legea penală trebuie să fie utilizată numai pentru a proteja bunurile și valorile juridice care merită în mod clar o protecție penală (POR-2012-1-008, Codices), în timp ce Curtea Constituțională a Ungariei a statuat că rolul sistemului sancționator de drept penal ca măsură *ultima ratio* înseamnă, fără îndoială, că acesta trebuie aplicat în cazul în care măsurile reglementate prin intermediul altor ramuri de drept se dovedesc insuficiente.

Totodată, Curtea Constituțională a României a arătat faptul că, prin Raportul asupra relației dintre responsabilitatea ministerială politică și cea penală, adoptat de către Comisia de la Veneția în cadrul celei de-a 94-a ședințe plenare (8-9 martie 2013), s-a concluzionat că prevederile penale generale care interzic „abuzul în serviciu”, „folosirea inadecvată a puterilor”, „abuzul de putere” sau alte infracțiuni similare, devin „foarte problematice, atât cu privire la cerințele calitative ale art. 7 al CEDO, cât și la alte cerințe fundamentale conform principiului statului de drept, precum previzibilitatea și securitatea juridică”. În acest context, Comisia de la Veneția a statuat că prevederile penale naționale cu privire la „abuzul în serviciu”, „abuzul de putere” și alte expresii similare „trebuie interpretate în sens restrâns și aplicate la un nivel înalt, astfel încât să poată fi invocate numai în cazuri în care fapta este de natură gravă, cum ar fi, spre exemplu, infracțiuni grave împotriva proceselor democratice naționale, încălcarea drepturilor fundamentale, subminarea imparțialității administrației publice ș.a.m.d.”

În același sens, Curtea Constituțională a observat și faptul că Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei, reținând cele expuse în Raportul Comisiei de la Veneția, a adoptat la data de 28 iunie 2013, la cea de-a 27-a întâlnire, Rezoluția nr. 1950/2013 prin intermediul căreia, printre altele, „se invită organismele legislative ale acelor state membre ale căror reglementări penale includ încă dispoziții generale referitoare la «abuzul în serviciu» să ia în considerare abrogarea sau reformularea unor astfel de dispoziții, în scopul de a limita domeniul lor de aplicare, în conformitate cu recomandările Comisiei de la Veneția”.

Nu în ultimul rând, s-a reamintit și faptul că, în Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliul, Comitetul Economic și Social și Comitetul Regiunilor către o politică a Uniunii Europene în materie penală – asigurarea punerii în aplicare eficace a politicilor Uniunii Europene prin intermediul dreptului penal, COM/2011/0573, la pct. 2.2.1. al acesteia (denumit Necesitate și proporționalitate – dreptul penal ca măsură de ultimă instanță) se precizează că „dreptul penal trebuie să rămână întotdeauna o măsură la care se recurge în ultimă instanță. Prin urmare, legiuitorul trebuie să analizeze dacă alte măsuri decât cele de drept penal, de exemplu regimuri de sancțiuni de natură administrativă sau civilă, nu ar putea asigura în mod suficient aplicarea politicii și dacă dreptul penal ar putea aborda problemele mai eficace”.

Procedând în continuare la analiza infracțiunii de abuz în serviciu reglementată de prevederile art. 246 C. pen. 1968, respectiv de cele ale art. 297 alin. (1) C. pen., Curtea Constituțională a constatat că, în prezent, în contextul în care legiuitorul român nu a reglementat un prag valoric al pagubei și nici o anumită intensitate a vătămării ca urmare a săvârșirii infracțiunii, „orice acțiune sau inacțiune a persoanei care se circumscrie calităților cerute subiectului activ, indiferent de gravitatea faptei săvârșite, poate intra în sfera normei de incriminare. Această constatare determină Curtea să aibă rezerve în a aprecia că aceasta a

fost voința legiuitorului când a incriminat fapta de abuz în serviciu. Aceasta cu atât mai mult cu cât Curtea constată că legiuitorul a identificat și reglementat la nivel legislativ extrapenal pârghiile necesare înlăturării consecințelor unor fapte care, deși potrivit reglementării actuale se pot circumscrie săvârșirii infracțiunii de abuz în serviciu, nu reprezintă gradul de intensitate necesar aplicării unei pedepse penale”.

În acest sens, nu trebuie omis faptul că, în acord cu prevederile art. 247 alin. (2) din Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii¹¹, „abaterea disciplinară este o faptă în legătură cu munca și care constă într-o acțiune sau inacțiune săvârșită cu vinovăție de către salariat, prin care acesta a încălcat normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici”. Totodată, potrivit art. 77 alin. (1) din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici¹², „încălcarea cu vinovăție de către funcționarii publici a îndatoririlor corespunzătoare funcției publice pe care o dețin și a normelor de conduită profesională și civică prevăzute de lege constituie abatere disciplinară și atrage răspunderea disciplinară a acestora”.

De asemenea, nu trebuie pierdut din vedere nici faptul că noua optică în materie penală, oficializată prin intrarea în vigoare a Codului penal din 2009, a exclus din trăsăturile esențiale ale infracțiunii „pericolul social al faptei”. Prin urmare, în prezent, orice încălcare de către un funcționar a atribuțiilor sale de serviciu, prevăzute într-un act normativ cu putere de lege, constituie infracțiunea de abuz în serviciu, neavând relevanță, sub aspectul existenței infracțiunii, intensitatea urmărilor produse; totodată, într-o astfel de situație, în acord cu prevederile art. 7 C. pr. pen., organele judiciare sunt obligate să pună în mișcare și să exercite acțiunea penală.

Or, în contextul în care, orice faptă concretă a funcționarului prin care se încalcă atribuții de serviciu prevăzute într-un act normativ cu putere de lege și se creează o pagubă sau o vătămare a intereselor unei persoane va constitui, în același timp, atât o abatere disciplinară, cât și o infracțiune de abuz în serviciu, se pune întrebarea în ce modalitate mai este respectat principiul „ultima ratio” în materie penală?

În mod evident, în contextul în care, așa cum corect a constatat Curtea Constituțională, legiuitorul român nu a solicitat pentru existența infracțiunii de abuz în serviciu o anumită valoare a pagubei sau o anumită intensitate a vătămării rezultate (nu a indicat o limită minimă care să distingă între răspunderea penală și alte forme de răspundere juridică), răspunsul la întrebarea de mai sus este negativ, în prezent, principiul „ultima ratio” în materie penală nefiind respectat în legislația română prin raportare la infracțiunea de abuz în serviciu.

În aceste condiții, în vederea respectării acestui principiu, trebuie determinată autoritatea care are competența să facă distincția dintre o infracțiune de abuz în serviciu și o abatere disciplinară.

Apreciem că această autoritate nu poate fi reprezentată de către organele judiciare deoarece, pe de-o parte, așa cum am arătat anterior, pericolul social al faptei nu mai reprezintă o trăsătură esențială a infracțiunii, astfel că organele judiciare nu mai au competența de a stabili dacă fapta concretă săvârșită, prin raportare, printre altele, la urmările

¹¹ Republicată în M. Of. nr. 345 din 18 mai 2011.

¹² Republicată în M. Of. nr. 574 din 4 iulie 2006.

produse, constituie sau nu infracțiune – are sau nu pericolul social al unei infracțiuni. Pe de altă parte, soluția de renunțare la aplicarea pedepsei nu are aptitudinea să facă distincția între o infracțiune și o altă formă de ilicit juridic (raportat la intensitatea urmărilor produse), ea putând fi pronunțată numai cu privire la o infracțiune, iar nu cu privire la o faptă care nu este prevăzută de legea penală – de pildă, o abatere disciplinară.

Prin urmare, singura autoritate competentă să impună respectarea principiului „*ultima ratio*” în materie penală este legiuitorul român.

Ținând cont de toate aceste argumente și observând pozițiile Comisiei de la Veneția și a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, apreciem că instanța de contencios constituțional a României, prin Decizia nr. 405/2016, deși nu impune reglementarea unui prag valoric care să separe răspunderea penală de cea disciplinară sau civilă, recomandă acest lucru legiuitorului român.

În aceste condiții, niciuna dintre cele două opinii exprimate în spațiul public ca urmare a pronunțării acestei decizii – obligativitatea instituirii pragului valoric, respectiv, lipsa oricăror referiri la un prag valoric – nu este corectă, Curtea Constituțională, prin decizia indicată, limitându-se la a indica, la a recomanda, legiuitorului că este necesară reformularea textului de incriminare a infracțiunii de abuz în serviciu prin reglementarea unei anumite valori a pagubei sau a unei anumite intensități a vătămării rezultate din comiterea faptei, deoarece, în prezent, având în vedere caracterul general al incriminării, textul art. 297 alin. (1) C. pen. nu are aptitudinea de a respecta principiul „*ultima ratio*” în materie penală.

Totodată, raportat la toate aceste argumente, apreciem că o parte din criticile aduse modificării textului art. 297 alin. (1) C. pen. prin art. I pct. 3 din O.U.G. nr. 13/2017¹³ au fost neîntemeiate.

Astfel, în eventualitatea intrării în vigoare a acestei ordonanțe de urgență, textul art. 297 alin. (1) C. pen. trebuia să dobândească următorul conținut: „fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, cu știință, îndeplinește un act prin încălcarea unor dispoziții exprese dintr-o lege, o ordonanță sau o ordonanță de urgență a Guvernului sau nu îndeplinește un act prevăzut de dispozițiile exprese dintr-o lege, o ordonanță sau o ordonanță de urgență a Guvernului și prin aceasta cauzează o pagubă materială mai mare de 200.000 lei ori o vătămare gravă, certă și efectivă a drepturilor și intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice, astfel cum sunt prevăzute și garantate de legile în vigoare, se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau cu amenda”.

După cum se poate observa, trecând peste micșorarea limitelor de pedeapsă, s-au respectat întocmai dispozițiile și recomandările Curții Constituționale, legiuitorul delegat indicând în mod expres că încălcarea unei atribuții de serviciu trebuie raportată, în ambele modalități alternative – acțiune sau inacțiune –, la un act normativ cu putere de lege și, totodată, stabilind un prag valoric și o anumită intensitate a vătămării rezultate din comiterea faptei.

Cu toate acestea, simpla reglementare a unui prag valoric în cazul infracțiunii de abuz în serviciu a fost în mod corect criticată, atâta timp cât, impunerea acestui prag putea

¹³ Publicată în M. Of. nr. 92 din 1 februarie 2017. O.U.G. nr. 13/2017 a fost abrogată prin art. I al O.U.G. nr. 14/2017, publicată în M. Of. nr. 101 din 5 februarie 2017.

genera un risc real de ocolire a dispozițiilor legale. De pildă, se încheie de către funcționarul public mai multe contracte de achiziție publică, cu nerespectarea dispozițiilor legale imperative, fiecare contract fiind însă încheiat la un preț inferior limitei de 200.000 de lei. Prejudiciul astfel suferit pentru fiecare contract încheiat, fiind sub limita prevăzută de lege, nu conduce la întrunirea elementelor de tipicitate ale infracțiunii de abuz în serviciu, nefiind incidentă nici forma continuată a infracțiunii.

În aceste condiții, se pune întrebarea dacă respectarea recomandărilor Curții Constituționale prin instituirea unui prag valoric în cazul infracțiunii de abuz în serviciu poate fi realizată și fără a se genera riscul anterior indicat.

Răspunsul este afirmativ. Astfel, instituirea unui prag valoric în cazul infracțiunii de abuz în serviciu trebuie, în mod obligatoriu, dublată de un nou text de lege care să elimine riscul eludării dispozițiilor legale.

Mai precis, *de lege ferenda*, considerăm că s-ar impune introducerea unui nou alineat [alin. (2) al art. 297 C. pen.] care ar putea avea următorul conținut: „săvârșirea de către funcționarul public a două sau mai multe acțiuni sau inacțiuni prevăzute la alin. (1), în aceeași împrejurare sau la diferite intervale de timp, în realizarea aceleiași rezoluții infracționale, fiecare dintre acestea producând un prejudiciu sub limita de 200.000 de lei sau o vătămare a drepturilor și intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice, constituie infracțiunea de abuz în serviciu indiferent de cuantumul total al prejudiciului produs sau de gravitatea vătămării aduse drepturilor și intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice și se pedepsește cu (...). Dacă cuantumul total al prejudiciului depășește (...) lei, limitele de pedeapsă prevăzute în prezentul alineat se majorează cu (...)”.

Astfel, apreciem că introducerea acestui text legal, nu doar că elimină riscul eludării dispozițiilor legale, ci și sancționează, în mod proporțional și just, încălcarea în mod repetat a atribuțiilor de serviciu de către funcționar.

Totodată, cuantumul pragului valoric ar trebui micșorat de către legiuitor, o faptă care creează un prejudiciu de 100.000 de lei fiind suficient de gravă pentru a atrage răspunderea penală, situație în care se va modifica, în mod corelativ, și limita de 200.000 de lei prevăzută în textul de lege propus anterior – alin. (2) al art. 297 C. pen.

4. Proiectul de lege pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal

În cadrul proiectului de lege elaborat de Ministerul Justiției și aflat de mai mult timp în dezbateri publice, prin art. I pct. 4 se propune modificarea alin. (1) al art. 297 C. pen. în sensul următor: „fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește prin încălcarea unei legi, a unei ordonanțe a Guvernului sau a unei ordonanțe de urgență a Guvernului 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”.

Încă de la bun început se poate observa că, din dorința de a evita probabil o exprimare redundantă, legiuitorul nu raportează, în mod expres, neîndeplinirea unui act referitor la atribuțiile de serviciu de o dispoziție prevăzută într-un act normativ cu putere de lege. Orice altă explicație, străină de rațiuni ce țin de elaborarea textului de lege, nu poate fi primită, simpla preluare în textul de incriminare a conținutului dispozitivului deciziei Curții nefiind aptă de a respecta dezlegarea instanței de contencios constituțional atât în litera, cât și în spiritul ei.

Deși intenția legiuitorului nu poate fi tăgăduită – atât neîndeplinirea, cât și defectivitatea îndeplinirii actului se raportează la atribuții de serviciu prevăzute într-un act normativ cu putere de lege – considerăm că, din acest punct de vedere, reglementarea prevăzută în O.U.G. nr. 13/2017 era superioară, atâta timp cât nu lăsa loc de interpretări inedite, cum este cea la care ne-am referit la începutul prezentului studiu¹⁴.

Totodată, considerăm că reglementarea propusă nu ține cont de considerentele Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale, lipsa oricărei mențiuni cu privire la reglementarea unei anumite valori a pagubei sau a unei anumite intensități a vătămării rezultate din comiterea faptei, generând, și din acest punct de vedere, o calitate normativă inferioară celei prevăzute în O.U.G. nr. 13/2017.

În aceste condiții, modificarea propusă de Ministerul Justiției nu rezolvă problema reglementării cu caracter extrem de general a abuzului în serviciu, ea reprezentând doar un mic pas înainte și nicidecum punerea în acord a acestei incriminări cu constatările Curții Constituționale a României și cu recomandările Comisiei de la Veneția, ale Adunării Parlamentare a Consiliului Europei sau ale Comisiei Europene.

Nu în ultimul rând, este de neînțeles starea de pasivitate în care a rămas legiuitorului român raportat la prevederile art. 298 C. pen. (neglijența în serviciu), în contextul în care toate argumentele prezentate în cuprinsul Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale erau aplicabile și acestui text de incriminare și se impunea, de îndată, inclusiv modificarea acestuia.

4. Concluzii

Infrațiunea de abuz în serviciu, care a generat în societatea românească a ultimului an atâtea dispute politice¹⁵ și, nu în ultimul rând, de politică penală¹⁶, trebuie reformată, norma de incriminare a art. 297 C. pen., cu tot caracterul ei subsidiar, nerespectând criteriile de calitate impuse de art. 7 par. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului.

¹⁴ Gh. Ivan, *op. cit.*, disponibil online: <http://revistaprolege.ro/pro-lege-nr-32016>.

¹⁵ A se vedea, în acest sens, *Facultatea de Drept a Universității de Vest Timișoara condamnă adoptarea O.U.G. pentru modificarea codurilor penal și de procedură penală*, publicat la adresa <http://www.hotnews.ro/stiri-esential-21574235-facultatea-drept-universitatii-vest-timisoara-condamna-adoptarea-oug-pentru-modificarea-codurilor-penal-procedura-penala.htm>

¹⁶ *Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj dezaproabă ferm adoptarea Ordonanței de urgență pentru modificarea Codului penal*, publicat la adresa <http://evz.ro/facultate-cluj-dezaproba-ordonanta.html>

În acest sens, legiuitorul român va trebui să realizeze compatibilizarea textului de incriminare cu Decizia nr. 405/2016 a Curții Constituționale, însă, în plan procesual penal, va trebui să reglementeze și o cale procedurală prin care apariția unei decizii interpretative a instanței de contencios constituțional în materie penală să conducă la corijarea unor situații ce generează executarea în mod nelegal a unor pedepse privative de libertate pentru fapte care, posterior publicării unei astfel de decizii, nu mai pot fi considerate infracțiuni, ele nefiind prevăzute de legea penală.

Apreciem că cel mai nimerit remediu procesual ar fi revizuirea, introducându-se, în acest sens, *de lege ferenda*, un motiv nou în câmpul reglementar al acestei căi extraordinare de atac sau reformulându-se conținutul motivului de revizuire prevăzut la art. 453 alin. (1) lit. f) C. pr. pen., putându-se corija astfel greșeala de interpretare făcută de instanțele de judecată cu efect direct asupra faptei, prin posibilitatea pronunțării, după rejudecare, a unei soluții de achitare, și, indirect, asupra pedepsei inițial aplicate, care, în acest context, nu se mai execută.

Excluderea declarației de martor din procesul penal

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

Abstract

The stake of the debate brought forward by this study consists of understanding the way in which the preliminary chamber judge must act when, based on art. 102 (2) of the Code of Criminal Procedure ("the CCP"), he notes that a piece of evidence has been unlawfully obtained during the investigation stage. Thus, two solutions have shaped out. In a first approach, the unlawfully obtained evidence must be effectively removed, i.e. physically disposed of from the criminal file (material exclusion); the second solution focuses only on the application, by the preliminary chamber judge, of the exclusionary rule and the declaring as inadmissible of the respective evidence in the criminal trial (formal exclusion). The study comes up with statutory arguments which indicate that the philosophy of the CCP seems to be the formal exclusion, in the situation when a witness statement is obtained under conditions susceptible of violating the witness's right against self-incrimination, meaning that said piece of evidence was used against the witness as a suspect during the investigation and later on, when the suspect became a defendant in the same case.

Keywords: piece of evidence – evidence – exclusionary rule – inadmissibility – witness statement – preliminary ruling – dismissal

Rezumat

Miza dezbaterii din prezentul studiu este reprezentată de înțelegerea manierei în care judecătorul de cameră preliminară trebuie să procedeze în situațiile în care constată, în temeiul art. 102 alin. (2) C. pr. pen., că o probă a fost obținută în mod nelegal în faza de urmărire penală. S-au prefigurat două soluții. Conform primei abordări, proba obținută în mod nelegal trebuie înlăturată efectiv, prin îndepărtarea fizică a acesteia din dosar (excludere materială), în timp ce a doua soluție preconizează doar aplicarea de către judecătorul de cameră preliminară a sancțiunii excluderii și declararea inutilizării respectivei probe în cadrul procesului penal (excludere formală). Studiul relevă argumentele normative pentru care filozofia Codului de procedură penală pare a fi aceea a excluderii formale, atunci când este vorba de obținerea unei declarații de martor în condiții ce sunt susceptibile să încalce dreptul martorului de a nu se autoacuză, în sensul că a fost folosită împotriva acestuia cu ocazia urmăririi penale în calitate de suspect și ulterior inculpat în aceeași cauză.

Cuvinte-cheie: mijloc de probă – probă – excludere – inutilizare – declarație de martor – hotărâre prealabilă – fine de neprimire

Prezentul studiu a fost conceput inițial sub forma unei opinii juridice transmise Înaltei Curți de Casație și Justiție (în continuare ÎCCJ) în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la o chestiune de drept procesual penal, în temeiul art. 475 C. pr. pen. Deși prin decizia nr. 14 din 25 aprilie 2017 (publicată în Monitorul Oficial nr. 488 din 28 iunie 2017) ÎCCJ a respins ca inadmisibilă sesizarea instanței de trimitere (soluție pentru care am optat și noi în cuprinsul opiniei juridice transmise), apreciem că problema de drept ce a făcut obiectul sesizării are suficient potențial de dezbatere științifică pentru a fi avută în vedere și în prezentul demers.

Câteva precizări liminare sunt necesare.

La origine, judecătorul de cameră preliminară de la Curtea de Apel Timișoara, în judecarea unei contestații formulate împotriva încheierii penale pronunțate de judecătorul de cameră preliminară de la Tribunalul Arad, a decis sesizarea ÎCCJ pentru a se pronunța cu titlu prealabil asupra chestiunii de drept referitoare la *modul de interpretare și aplicare a dispozițiilor art. 118 C. pr. pen., intitulat „dreptul martorului de a nu se autoacuză”, coroborat cu art. 102 alin. (2) C. pr. pen., intitulat „probele obținute în mod nelegale nu pot fi folosite în procesul penal” în privința excluderii efective (prin îndepărtarea din dosar) a probei în cauză sau pe calea unei dispoziții exprese în acest sens a judecătorului de cameră preliminară.*

Dezbaterea a fost declanșată de existența, în speță, a unei declarații de martor obținută în condiții ce sunt susceptibile să încalce dreptul martorului de a nu se autoacuză, în sensul că a fost folosită împotriva acestuia cu ocazia urmăririi penale în calitate de suspect și ulterior inculpat în aceeași cauză. În speță, excluderea fizică a declarației ar fi condus cu o probabilitate ridicată la neîndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 327 C. pr. pen., necesare pentru emiterea rechizitoriului. Conform textului, procurorul emite rechizitoriul atunci când constată că urmărirea penală a fost completă și există probele necesare și legal administrate. *A contrario*, când urmărirea penală nu este completă și nu există probele necesare pentru trimiterea în judecată, rechizitoriul nu poate fi emis. În speță, datorită caracterului esențial al declarației de martor, caracter dedus din faptul că este singurul act care îl incriminează pe inculpatul, fost martor la începutul procedurii, prin excluderea fizică a declarației din probatoriu, urmărirea penală risca să își piardă din consistență și să nu mai fie întrunite condițiile cerute de lege pentru trimiterea în judecată. Dacă însă, declarația de martor ar fi fost exclusă în mod formal, fără a fi înlăturată în mod fizic din dosar, întrucât probele nu au o valoare prestabilită, în ipoteza în care declarația de martor este în contradicție cu declarația de suspect/inculpat (o ipoteză foarte probabilă), ea ar putea contribui la formarea unei convingeri personale a organului judiciar cu privire la sinceritatea autorului acesteia, cu posibile efecte nefavorabile suspectului sau inculpatului. În plus, declarația de martor exclusă, dar neînlăturată, ar putea influența convingerea organului judiciar și cu privire la răspunderea penală a altor suspecti/inculpați din aceeași cauză.

Problema astfel pusă a făcut obiectul unei trimiteri către instanța competentă în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile, în conformitate cu art. 475 C. pr. pen., potrivit căruia: „Dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că există o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe

fond a cauzei respective și asupra căreia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat printr-o hotărâre prealabilă sau printr-un recurs în interesul legii și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată”.

Din interpretarea textului legal, rezultă trei condiții ce trebuie îndeplinite pentru admisibilitatea sesizării. Le vom discuta pe rând.

Prima condiție ce se impune a fi analizată este dacă, în speță, cauza se află „în cursul judecătii”. În concret, litigiul se află în faza contestației formulate împotriva încheierii penale a judecătorului de cameră preliminară de la instanța inferioară. Interpretarea ce trebuie dată acestei condiții nu este una restrictivă (judecată asupra fondului cauzei, cu consecința excluderii dreptului de sesiză al judecătorului de cameră preliminară), ci una extensivă. Pentru interpretarea extensivă pledează mai multe argumente.

Astfel, art. 475 C. pr. pen. menționează „completul de judecată” ca entitate ce sesizează ÎCCJ, iar nu instanța de judecată. Completele de judecată sunt stabilite de art. 54 din Legea nr. 304/2004¹ privind organizarea judiciară și se referă expres și la situația din speță (contestațiile împotriva hotărârilor pronunțate în materie penală de judecătorii de drepturi și libertăți și judecătorii de cameră preliminară de la judecătorii și tribunale se soluționează în complet format dintr-un judecător).

Dacă numai instanțele de judecată ar putea sesiza ÎCCJ atunci tribunalul nu ar avea în nicio ipoteză această prerogativă, întrucât nu mai este învestit cu judecarea cauzei în ultimă instanță. Conform noii arhitecturi procesuale, fondul unui litigiu penal poate fi judecat în ultimă instanță doar de curțile de apel și ÎCCJ. Tribunalul este ultimă instanță doar în ipotezele în care nu „judecă”, ci doar „soluționează” căi de atac împotriva hotărârilor instanțelor inferioare, cum este cazul contestațiilor îndreptate împotriva încheierilor judecătorului de cameră preliminară de la judecătoriile din jurisdicția sa. În consecință, pentru a da eficiență textului legal și a asigura tribunalului prerogativa de a sesiza instanța supremă trebuie să admitem că această prerogativă nu este asociată exclusiv cu judecata fondului unui proces penal, ci și cu alte ipoteze în care se soluționează aspecte penale în ultimă instanță.

Legitimarea procesuală activă a judecătorului de cameră preliminară poate fi pusă însă în discuție sub aspectul caracterului complex al cenzurii pe care acesta o exercită. Conform art. 342 C. pr. pen., obiectul procedurii camerei preliminare îl constituie verificarea, după trimiterea în judecată, a competenței și a legalității sesizării instanței, precum și verificarea legalității administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală. Verificarea competenței, a legalității sesizării instanței și a legalității efectuării actelor de urmărire penală nu influențează în mod direct fondul acuzațiilor, astfel încât pentru acestea nu este deschisă posibilitatea pronunțării unei hotărâri prealabile. În schimb, legalitatea administrării probelor (legalitatea aplicării unui procedeu probator) poate genera o sesizare legală a ÎCCJ, întrucât a exclude posibilitatea unui judecător de cameră preliminară de a sesiza instanța competentă pentru pronunțarea unui hotărâri preliminare ar

¹ Republicată în M. Of. nr. 827 din 13 septembrie 2005.

impieta asupra rezolvării unor chestiuni de drept importante izvorâte din verificarea legalității administrării probelor, materie esențială cu efecte directe asupra fondului acuzațiilor². Intervenția ÎCCJ este resimțită cu atât mai mult cu cât aspectele de nelegalitate legate de probe nu pot fi invocate decât până la finalizarea camerei preliminare.

Cu privire la *a doua condiție*, respectiv ca problema de drept pendinte să nu mai fi făcut obiectul unei alte sesizări pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile sau a unui recurs în interesul legii și nici să nu facă obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, din consultarea jurisprudenței în materie existentă până la data pronunțării de către ÎCCJ rezultă că și această condiție este îndeplinită.

În fine, cea de *a treia condiție*, și cea mai importantă, vizează natura chestiunii de drept, obiect al sesizării, în sensul de a fi aptă să influențeze soluționarea fondului cauzei. În speță, chestiunea se referă la două aspecte intim legate. *Primo*, dacă prin interdicția prevăzută de art. 118 C. pr. pen., de folosire în procesul penal a declarației martorului, după ce acesta a dobândit calitatea de suspect sau inculpat, se înțelege o excludere efectivă (materială) prin îndepărtarea din dosar a mijlocului de probă (declarația) sau acesta se menține în dosar, dar nu va fi permisă nicio referire sau valorificare a mijlocului de probă împotriva persoanei în cauză (excludere formală). *Secundo*, dacă excluderea materială sau formală operează de drept (automat și ca efect al legii) sau urmare a unei dispoziții exprese a judecătorului de cameră preliminară.

Pe baza jurisprudenței ÎCCJ în materie pot fi decelate mai multe criterii-test pentru a fi considerată admisibilă o sesizare din perspectiva condiției analizate.

Un prim criteriu ce ar putea fi avut în vedere este cel al caracterului veritabil al chestiunii de drept. Pe baza unor *dictum*-uri ale instanței supreme exprimate în mai multe decizii, se poate configura ce înseamnă acest criteriu.

Astfel, în Decizia nr. 9 din 27 septembrie 2016³ (cap. VIII, par. 6), s-a reținut că „este necesar ca sesizarea să tindă la obținerea unei *interpretări in abstracto a unor dispoziții legale determinate* (s.n.), iar nu la rezolvarea implicită a unor chestiuni ce țin de particularitățile fondului speței”.

În Decizia nr. 14 din 12 mai 2015⁴ (cap. VIII, par. 5-7) există următoarea mențiune: „în acest sens, Înalta Curte constată că instanța de trimitere nu solicită interpretarea unor dispoziții legale *in abstracto*, ci analiza întrunirii elementelor constitutive ale unei infracțiuni într-o cauză concretă. Problema ridicată de instanța de trimitere nu poate primi o *rezolvare de principiu* (s.n.) în lipsa elementelor de fapt ce urmează a fi stabilite în urma judecării cauzei respective. Cu alte cuvinte, instanța de trimitere nu tinde la o rezolvare a unei «chestiuni de drept», ci la stabilirea de către Înalta Curte a încadrării juridice în speța supusă judecării. Or, stabilirea încadrării juridice a unei fapte depinde de circumstanțele comiterii ei, de starea de fapt ce urmează să fie reținută în raport cu probele administrate în cauză și este atributul exclusiv al instanței investite cu soluționarea cauzei respective”.

² V.H.D. Constantinescu (2015) în M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, pp. 1203 și 1204.

³ Publicată în M. Of. nr. 874 din 1 noiembrie 2016.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 454 din 24 iunie 2015.

În fine, un alt exemplu ar putea fi luat din Decizia nr. 5 din 10 februarie 2016⁵ (cap. XII, par. 8-10), conform căreia „scopul acestei proceduri este de a *dezlegări asupra unor probleme veritabile și dificile de drept* (s.n.). Sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție conform art. 475 C. pr. pen. trebuie efectuată doar în situația în care, în cursul soluționării unei cauze penale, se pune *problema interpretării și aplicării unor dispoziții legale neclare, echivoce, care ar putea da naștere mai multor soluții. Interpretarea urmărește cunoașterea înțeleșului exact al normei, clarificarea sensului și scopului acesteia* (s.n.), așa încât procedura prealabilă nu poate fi folosită în cazul în care aplicarea corectă a dreptului se impune într-un mod atât de evident, încât nu lasă loc de îndoială cu privire la modul de soluționare a întrebării adresate”.

Rezumând raționamentele dezvoltate de ÎCCJ am putea spune că natura unei veritabile chestiuni de drept ridică probleme de interpretare generale asupra unui text legal determinat susceptibil de interpretări multiple. ÎCCJ este chemată să identifice semnificația autentică a textului normativ în discuție prin raportare la principiile ce guvernează materia în cauză.

Un alt criteriu-test este cel al caracterului pertinent al chestiunii de drept. ÎCCJ a avut ocazia să amintească și în această privință ce se înțelege prin acest criteriu.

Astfel, în Decizia nr. 8 din 30 martie 2016⁶ (cap. X, par. 13-14) s-a statuat că „din modul de formulare a întrebării prealabile rezultă că instanța de sesizare solicită Înaltei Curți de Casație și Justiție nu să dea *rezolvare de principiu unei chestiuni de drept (punctuală și direct incidentă în cauza respectivă – s.n.)*, ci să facă un studiu exhaustiv al întregii legislații și jurisprudențe naționale [...]. Or, rolul Înaltei Curți de Casație și Justiție a României – stabilit de legiuitor în procedura «pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept» – nu este de a oferi studii, note sau opinii consultative asupra unor probleme de drept generale sau ipotetice”.

În aceeași manieră, prin Decizia nr. 11 din 2 iunie 2014⁷ (cap. VIII, par. 7-8) s-a avut în vedere că „admisibilitatea sesizării în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile este condiționată, atât în cazul în care vizează o normă de drept material, cât și atunci când privește o dispoziție de drept procesual, de împrejurarea că *interpretarea dată de instanța supremă trebuie să aibă consecințe juridice asupra modului de rezolvare a fondului cauzei* (s.n.). Cu alte cuvinte, între problema de drept a cărei lămurire se solicită și soluția dată asupra acțiunii penale și/sau civile de către instanța pe rolul căreia se află cauza în ultimul grad de jurisdicție trebuie să *existe o relație de dependență* (s.n.), în sensul că decizia Înaltei Curți pronunțată în procedura prevăzută de art. 476 și 477 C. pr. pen. trebuie să *fie de natură a produce un efect concret asupra conținutului hotărârii din procesul principal* (s.n.), cerința pertinentei fiind expresia utilității pe care rezolvarea de principiu a chestiunii de drept invocate o are în cadrul soluționării pe fond a litigiului. Prin sintagma «soluționarea pe fond a cauzei», folosită de legiuitor în cuprinsul art. 475 C. pr. pen. pentru a desemna legătura obiectivă dintre chestiunea de drept supusă interpretării și procesul penal în curs, trebuie astfel să se înțeleagă *dezlegarea raportului juridic penal* (s.n.) născut ca urmare a

⁵ Publicată în M. Of. nr. 183 din 11 martie 2016.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 430 din 8 iunie 2016.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 503 din 7 iulie 2014.

încălcării relațiilor sociale protegute prin norma de incriminare, inclusiv sub aspectul consecințelor de natură civilă, și *nu rezolvarea unei cereri incidentale* (s.n.) invocate pe parcursul judecării cauzei în ultimă instanță”.

În esență, sesizarea trebuie să vizeze o chestiune de drept ce are legătură cu aspectele principale, pe latură penală sau civilă, ale cauzei și să fie determinantă pentru soluția asupra acestor aspecte.

După inventarierea acestor instrumente apte să confere intervenției ÎCCJ prestigiul unei autorități de lucru interpretat cu aplicabilitate *erga omnes*, se impune a se analiza dacă problema în discuție (maniera excluderii declarației de martor) este o chestiune veritabilă și pertinentă, aptă să satisfacă criteriile prezentate mai sus.

Din circumstanțele speței⁸ rezultă că singurul act care îl incriminează pe inculpat este propria declarație de martor, obținută sub jurământ. Extinderea urmăririi penale cu privire la suspect s-a dispus în baza aspectelor consemnate în declarația de martor. Punerea în mișcare a acțiunii penale s-a derulat în aceeași manieră. Efectuarea urmăririi penale, a actelor procesuale, precum și întocmirea rechizitoriului s-au întemeiat și conțin numeroase referiri la aspectele declarate de inculpat în calitate de martor.

Prima facie, sancțiunea specifică aplicabilă mijlocului de probă (excluderea declarației de martor din probatoriu) este de natură să influențeze decisiv fondul cauzei, datorită împrejurării că toate actele procesuale sunt dependente de respectiva declarație. Altfel spus, urmărirea penală pare a fi fost concepută și derulată în cheie unică, pe baza declarației de martor a inculpatului, ceea ce, în caz de excludere a declarației, conduce la invalidarea în întregime a urmăririi penale. Acesta pare să fi fost și raționamentul judecătorului de cameră preliminară de la prima instanță care a exclus toate probele administrate în cursul urmăririi penale față de inculpat și a dispus restituirea cauzei la parchet pentru refacerea urmăririi.

La o cercetare mai atentă, rezultă însă că excluderea tuturor probelor administrate în cursul urmăririi penale pare o măsură excesivă, în condițiile în care nu toate mijloacele de probă existente în cauză sunt în directă legătură cu declarația de martor a inculpatului. Astfel, la dosar ar trebui să existe facturile fiscale, contractele comerciale și declarațiile fiscale informative ce au valoarea probantă de mijloace de probă ca înscrisuri. De asemenea, în cauzele penale cu implicații fiscale se întocmesc rapoarte de constatare fiscală de către inspectorii antifraudă detașați la parchet, ce constituie de asemenea mijloc de probă. De altfel, în situația investigării infracțiunilor de evaziune fiscală înscrisurile și rapoartele de specialitate sunt și probele cele mai uzuale. Toate acestea probe implică o administrare ce este independentă de poziția procesuală a inculpatului și nu pot fi excluse pe temeiul art. 118 C. pr. pen.

Problema în discuție este dacă trebuie să opereze o excludere materială, prin îndepărtarea probei compromise din dosar, sau o excludere formală, prin interzicerea utilizării probei ca referință în raționament. Chestiunea este una de principiu, ce se pretează la o interpretare *in abstracto* a unor dispoziții legale determinate, este punctuală și direct incidentă

⁸ C. Ap. Timișoara, S. pen., înch. f.n./CC din 22 februarie 2017 pronunțată în dos. nr. 7003/108/2016/a1 (nepublicată).

în cauză. De lămurirea chestiunii depinde modul de rezolvare a fondului cauzei, cel puțin sub aspectul aptitudinii unui mijloc de probă compromis și neînălțurat din dosar de a contamina convingerea instanței. Astfel, îndepărtarea mijlocului de probă ca fiind obținut cu încălcarea privilegiului contra auto-acuzării asigură o protecție eficientă, prin valoarea probatorie zero asociată acestui mijloc de probă și prin imposibilitatea efectivă a coroborării respectivului mijloc de probă cu celelalte probe administrate în cauză. În sens contrar, menținerea mijlocului de probă în dosar permite în mod inevitabil o asociere în conștiința magistratului cu celelalte probe din cauză, dacă nu de manieră determinată în conturarea vinovăției, cel puțin ca test de validare subiectivă a probelor acceptate în cauză.

Decizia de a opera o excludere materială sau formală ține de maniera principială în care este construit sistemul probator. Un posibil indicator despre realitatea procesuală din sistemul român ar putea fi dată de diferența terminologică dintre „a exclude” și „a nu putea fi folosit”. Strict semantic, excluderea sugerează îndepărtarea probei din cauză, în timp ce imposibilitatea folosirii pare a fi doar o variantă de inactivitate sau de paralizare în utilizarea probei⁹. În această perspectivă, se cuvine a se aminti faptul că art. 403 alin. (1) lit. c) C. pr. pen. utilizează o altă noțiune din același câmp semantic, respectiv înlăturarea probelor. Înlăturarea nu reprezintă o excludere pentru că nu este asociată cu ideea de sancțiune specifică ipotezei de obținere a unei probe în mod nelegal, ci cu mecanismul de apreciere a fiabilității probelor, i.e. încrederea cu care poate fi investită o anumită probă.

Din analiza art. 102 C. pr. pen., intitulat „Excluderea probelor obținute în mod nelegal”, s-ar părea că soluția legislativă privilegiată este cea a excluderii. În realitate, verificarea ipotezelor concrete în care operează „excluderea” nu lasă niciun dubiu asupra caracterului ei marginal. Astfel, probele obținute prin tortură nu pot fi folosite, deci nu se exclud. De asemenea, probele obținute în mod nelegal nu pot fi folosite, deci nici acestea nu se exclud. În schimb, probele obținute prin încălcarea confidențialității comunicărilor dintre persoana reținută și arestată și avocatul său se exclud [art. 89 alin. (2) C. pr. pen.]. În mod similar, examinarea fizică a unei persoane efectuată fără consimțământul său, fără autorizarea judecătorului de drepturi și libertăți, conduce la excludere [art. 190 alin. (5) C. pr. pen.]. Cu titlu general, nulitatea actului prin carte s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care aceasta a fost administrată determină excluderea probei [art. 102 alin. (3) C. pr. pen.].

S-ar părea că acolo unde legislatorul a dorit intervenția unui efect viguros al sancțiunii probelor obținute în mod ilegal, s-a folosit expresia de excludere a probelor.

Cu toate acestea, textul legal nu permite elaborarea unei teorii coerente. Pe de o parte, există dispoziții legale ce contrazic consistența modelului teoretic elaborat mai sus. Astfel, despre probele derivate, dacă au fost obținute direct din probele obținute în mod nelegal și care nu puteau fi obținute în alt mod, se precizează că se exclud [art. 102 alin. (4) C. pr. pen.]. A accepta că probele primare obținute în mod nelegal nu se folosesc, iar că probele derivate se exclud, ar însemna că se operează cu o dublă măsură și cu o logică

⁹ Asupra formelor diferite pe care le poate avea această instituție în dreptul comparat a se vedea Gh. Mateuț, *O noutate pentru procedura penală română: invalidarea probelor obținute în mod ilegal*, în „Dreptul” nr. 7/2004, pp. 133-144.

inversată. Regimul probelor principale obținute ilegal pare a fi mai puțin restrictiv decât cel al probelor derivate din primele. Pe de altă parte, atunci când a dorit să excludă fizic efectiv, legislatorul a făcut-o fără ezitare și neechivoc. Astfel, dacă activitățile de supraveghere tehnică au vizat accidental raporturile dintre suspect/inculpat și avocat, probele nu numai că nu vor putea fi folosite în procesul penal (versiunea pasivă a teoriei), dar vor fi distruse de îndată de procuror [art. 139 alin. (4) C. pr. pen.]. Cea mai bună excludere a probei se face evident prin distrugerea ei.

Există apoi o serie de texte legale a căror relevanță pentru problema în discuție este ridicată. Astfel, în două situații [art. 341 alin. (11) și art. 346 alin. (5) C. pr. pen.], se precizează că probele care au fost excluse nu pot fi avute în vedere la judecata în fond a cauzei. Se observă o îndepărtare de la binomul excludere-folosire, preferându-se o variantă mai neutră (nu vor fi avute în vedere). Esențial este că, deși probele au fost excluse, ele rămân la dosarul cauzei. Altfel, ar fi fără sens preocuparea de a se preciza ca respectivele probe să nu fie avute în vedere la judecata pe fond. Dacă excluderea înseamnă îndepărtare din dosar, atunci ar trebui să nu mai existe niciun risc în privința judecării fondului. Cum acest risc subzistă, avertismentul are sens, dar atunci excluderea nu poate avea ca efect îndepărtarea materială a probelor.

În fine, art. 374 alin. (3) C. pr. pen. precizează, în aceeași manieră, că președintele completului încunoștințează partea civilă, partea responsabilă civilmente și persoana vătămată cu privire la probele administrate în faza urmăririi penale care au fost excluse și care nu vor fi avute în vedere la soluționarea cauzei. Din nou, dacă excluderea ar fi însemnat eliminarea probelor, atunci avertizarea instanței nu era necesară, întrucât părțile nu erau în poziția de a nu putea face diferența dintre o categorie și alta de probe. Cum probele, deși excluse, au rămas asociate cauzei, distincția dintre cele valide și cele invalide se impune pentru protecția drepturilor persoanelor interesate.

Cu aceste delimitări în minte, să refacem lectura art. 118 C. pr. pen., de unde rezultă că: declarația de martor dată de o persoană care, în aceeași cauză, anterior declarației a avut sau, ulterior, a dobândit calitatea de suspect ori inculpat nu poate fi folosită împotriva sa. Aplicând considerațiile de mai sus, rezultă că singura interpretare ce poate fi dată textului este că declarația nu va fi eliminată din dosar, ci va fi doar o excludere formală. Nimic nu împiedică legislatorul să intervină energic și să prevadă o măsură specifică de protecție, e.g. distrugerea. Faptul că nu a făcut-o este un indicator destul de sigur că nu aceasta este viziunea procesuală.

Există mai multe motive pentru care menținerea în dosar a probei excluse formal reprezintă soluția optimă. În primul rând, pe calea raționamentului *a contrario*, dacă declarația martorului nu poate fi folosită împotriva sa, această împrejurare nu împiedică folosirea declarației *in favoare*. În plus, declarația martorului devenit ulterior suspect sau inculpat poate conține indicii valoroase apte să contribuie la tragerea la răspundere penală a altor participanți. În ipoteza excluderii materiale, un asemenea avantaj probator dispare.

În concluzie, apreciem că inventarierea textelor legale sus-citate nu lasă niciun dubiu asupra filozofiei Codului de procedură penală. În nicio situație nu operează excluderea materială. Această concluzie rezultă în mod facil din interpretarea textelor legale, iar aplicarea

corectă a acestora se impune într-un mod atât de evident, încât nu lasă loc de îndoială cu privire la modul de soluționare a întrebării adresate.

Convingerea este întărită și dacă analizăm secțiunea secundară a chestiunii în discuție, i.e. dacă excluderea operează de drept sau pe baza unei decizii a judecătorului de cameră preliminară. Nici această problemă nu trece drept o aporie procesuală. În esență, excluderea, ca orice sancțiune procesuală, trebuie dispusă sau cel puțin constatată de magistrat. Judecătorului de cameră preliminară îi este dată în competență, conform art. 341 alin. (7) pct. 2, art. 345 alin. (3) și art. 346 alin. (3)-(4) C. pr. pen., prerogativa de a exclude una sau mai multe dintre probele administrate în faza de urmărire penală. Sancțiunea nu poate deci opera în absența unei dispoziții a judecătorului de cameră preliminară. Acest aspect rezultă *per se* din analiza textelor în discuție, fără un aparat interpretativ sofisticat.

Interpretarea de mai sus este convergentă cu spiritul noului Cod de procedură penală, care, deși a primit influențe acuzatoriale, a rămas fidel totuși modelului continental, bazat pe principiul adevărului real. Or, înlăturarea din dosar a unui mijloc de probă nu contribuie la aflarea adevărului real, ci îl obstaculează. Excluderea materială reprezintă din acest punct de vedere o „neverosimilă abținerere. Statul își repudiază propriul exces, refuzând să folosească ceva obținut prin violarea regulilor pe care singur le-a trasat”¹⁰. Sacrificarea adevărului în numele unei echități superioare a procesului reprezintă o nouă filozofie exprimată și constatarea că principiul aflării adevărului nu mai are fundamentul recunoscut de codul anterior¹¹, unde acesta era reprezentat de tradiția de origine inchizitorială, cu obiective ce trebuiau urmărite activ și din oficiu.

Dacă sub regimul vechii legislații, instanța de judecată își exercita atribuțiile în mod activ, în vederea aflării adevărului și a realizării rolului educativ al judecății (art. 287), actualmente, instanța de judecată soluționează cauza dedusă judecății cu garantarea respectării drepturilor subiecților procesuali și asigurarea administrării probelor pentru lămurirea completă a împrejurărilor cauzei în scopul aflării adevărului, cu respectarea deplină a legii [art. 349 alin. (1)]. Rolul instanței a glisat de la urmărirea activă a aflării adevărului la arbitrarea respectării drepturilor procesuale ale participanților și la asigurarea administrării complete a probelor. În noua ambianță procesuală, excluderea unei probe nu mai are valențe exotice, ci reprezintă o sancționare responsabilă a celor ce manipulează procedurile legale în numele unui bine public a cărui depozitare și-o asumă cu aroganță.

Claritatea în rezolvarea aspectelor de mai sus devine însă propriul ei dușman. Cu cât este mai clară și mai neechivocă interpretarea acestor aspecte, cu atât mai puțin respectivă chestiuni pot face obiectul unei hotărâri prealabile, întrucât nu prezintă gradul de dificultate necesar unei asemenea proceduri. Acesta este argumentul pentru care, fără o problemă veritabilă și pertinentă de drept, sesizarea ÎCCJ nu îndeplinește una dintre condițiile sale de admisibilitate. În această situație, instanța supremă nu poate fi chemată să ofere lumină în chestiuni ce sunt și rămân apanajul doctrinei. Soluția de respingere a sesizării apare astfel ca una deloc surprinzătoare.

¹⁰ S. Boțic, *Regula exclusiunii. Excluderea probelor obținute nelegal în procesul penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 10.

¹¹ C. Ghigheci, *Principiile procesului penal în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pp. 83 și 84.

Unele probleme privind reglementarea procedurii contestării măsurii asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acesteia în noul Cod de procedură penală

Lect. univ. dr. **Voicu PUȘCAȘU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The present study aims to analyze the regulation of criminal proceedings instituted in the matter of precautionary seizures, with the entry into force, on the 1st of February 2014, of the new Code of Criminal Procedure, as regards the activity of the judge of rights and liberties, the preliminary chamber judge and the court. It aims not only to present the gaps, contradictions and inconsistencies of the new legislation, but also to provide solutions to the identified problems, either by means of interpreting the existing law or by putting forward de lege ferenda proposals.

Keywords: *precautionary seizures; the Romanian criminal procedure law; gaps, contradictions and inconsistencies; possible solutions*

Rezumat

Studiul de față își propune să analizeze reglementarea procedurilor penale instituite în materia măsurilor asigurătorii odată cu intrarea în vigoare, la data de 1 februarie 2014, a noului Cod de procedură penală, în ceea ce privește activitatea judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară și a instanței de judecată. Se urmărește nu doar a se prezenta lacunele, inadvertențele sau contradicțiile reglementării naționale, dar și a se oferi soluții la problemele identificate, fie prin modalitatea de interpretare a normelor existente, fie prin propuneri de lege ferenda.

Cuvinte-cheie: *măsuri asigurătorii; reglementarea procesual penală română; lacune, contradicții și inadvertențe; soluții posibile*

I. Considerații introductive

Odată cu intrarea în vigoare, la data de 1 februarie 2014, a noului Cod de procedură penală¹, pe lângă apariția unor instituții noi, cu care doctrinarul și practicianul român

* voicu.puscasu@e-uvt.ro

¹ Noul Cod de procedură penală a fost adoptat prin Legea nr. 135/2010, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010. Prezentul articol are în vedere forma la zi a acestei reglementări, față de modificările legislative intervenite deja, de la momentul publicării în Monitorul Oficial a acestui act normativ.

trebuie să se familiarizeze, un interes aparte pentru doctrina și practica judiciară o reprezintă vechile instituții juridice care au suferit o transformare mai mult sau mai puțin profundă, dar a căror nouă fizionomie necesită o atentă examinare, pentru corecta lor aplicare în contextul noii reglementări aflate astăzi în vigoare.

Din această secundă categorie face parte și instituția măsurilor asigurătorii, care nu doar că a fost adaptată necesităților impuse de noua configurație a procesului penal, dar a suferit și multe alte ajustări, pentru a se asigura mai bine atingerea scopului urmărit prin adoptarea acestor măsuri procesuale.

O analiză exhaustivă a tuturor acestor aspecte de noutate nu poate forma obiectul studiului nostru, ea pretându-se mai bine, prin amploarea temei, unei cercetări monografice. Tocmai din acest motiv, în prezentul articol dorim să atingem doar unele dintre problemele pe care noua reglementare le ridică, în principal prin prisma lacunelor, inadvertențelor sau contradicțiilor acestei reglementări, și doar în ceea ce privește latura procedurală a acestei instituții, nu și cea materială, vizând condițiile de luare sau de aducere la îndeplinire a acestor măsuri.

Prin urmare, ne vom concentra atenția, în cele ce urmează, asupra unor aspecte problematice privind procedura contestării luării măsurilor asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acestora în fața judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară și, respectiv, a instanței, dar și privitor la procedura contestării modului de valorificare anticipată a bunurilor mobile sechestrate.

II. Contestarea luării măsurilor asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acestora în cursul urmăririi penale

Luarea măsurii asigurătorii în faza urmăririi penale este de competența exclusivă a procurorului, organul de cercetare penală neputând dispune o astfel de măsură, la fel cum nici judecătorului de drepturi și libertăți nu are vreo competență în acest sens. Procurorul va dispune în acest sens prin ordonanță, fiind exclusă luarea acestei măsuri în mod direct prin rechizitoriu, față de norma art. 330 C. pr. pen.², dar și prin ordonanța de clasare sau renunțare la urmărirea penală³.

În schimb, judecătorul de drepturi și libertăți are competența de a soluționa contestația formulată împotriva dispoziției de luare a măsurii asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acestei măsuri, conform art. 250 C. pr. pen.

Sub acest aspect, prima problemă care se ridică este aceea de a ști dacă judecătorul de drepturi și libertăți este singurul organ judiciar competent a dispune cu privire la contestația

² Conform acestei norme: „Când procurorul dispune trimiterea în judecată a inculpatului, rechizitoriu poate să cuprindă și propunerea de luare, menținere, revocare ori de înlocuire a unei măsuri preventive sau a unei măsuri asigurătorii.”

³ Potrivit art. 315 alin. (2) lit. a) și art. 318 alin. (8) C. pr. pen., dispunând netrimiterea în judecată a suspectului sau inculpatului, procurorul poate doar dispune menținerea sau ridicarea măsurii asigurătorii, ceea ce presupune că această măsură este luată anterior, pe durata urmăririi penale.

formulată sau o atare contestație trebuie formulată, mai întâi, în fața procurorului ierarhic superior, în temeiul art. 339 C. pr. pen.⁴

Contrar altei opinii exprimate⁵, considerăm că, fiind vorba despre o cale de atac specială, ea exclude posibilitatea formulării plângerii împotriva ordonanței procurorului de instituire a măsurii asigurătorii la procurorul ierarhic superior, această din urmă procedură fiind rezervată acelor măsuri și acte ale procurorului cu privire la care legea procesual penală nu prevede căi speciale de atac. Astfel, în unele situații, legiuitorul a considerat necesar, în virtutea drepturilor fundamentale afectate de măsura sau actul procurorului (dreptul la libertate și siguranță, dreptul la proprietate etc.), să permită contestarea acestora în fața judecătorului de drepturi și libertăți, apreciind că simpla plângere formulată în fața unui organ judiciar de același fel, dar cu grad ierarhic diferit (superior) nu este de natură a asigura garantarea acestor drepturi, impunându-se intervenția organului judiciar chemat, potrivit art. 3 alin. (1) lit. b) C. pr. pen., să realizeze funcția de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală, respectiv a judecătorului de drepturi și libertăți.

O situație similară o regăsim și în ceea ce privește procedura plângerii împotriva măsurii preventive a controlului judiciar sau a controlului judiciar pe cauțiune, reglementată de art. 213 C. pr. pen., unde, în mod similar, s-a stabilit faptul că, fiind vorba despre o cale specială de atac, adresată direct judecătorului de drepturi și libertăți, ea nu se va formula în mod prealabil în fața procurorului ierarhic superior.

Prin urmare, merită să concluzionăm și că, odată cu edictarea noului Cod de procedură penală, nu mai este de actualitate soluția stabilită prin Decizia nr. 71/2007, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție într-un recurs în interesul legii, și prin care se stabilise competența soluționării plângerii împotriva măsurii asigurătorii în favoarea procurorului, în cursul urmăririi penale, și a instanței, în cursul judecății⁶.

O altă problemă pe care o ridică procedura contestației formulate împotriva măsurii asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acesteia este vizată de momentul de la care se calculează termenul de 3 zile prevăzut de art. 250 alin. (1) C. pr. pen. pentru formularea căii de atac.

Deși potrivit normei legale acest termen curge de la comunicarea ordonanței, când se contestă măsura asigurătorie luată de procuror, și, respectiv, de la data aducerii la îndeplinire

⁴ Potrivit art. 339 alin. (1) și (2) C. pr. pen.: „(1) Plângerea împotriva măsurilor luate sau a actelor efectuate de procuror ori efectuate pe baza dispozițiilor date de acesta se rezolvă, după caz, de prim-procurorul parchetului, de procurorul general al parchetului de pe lângă curtea de apel, de procurorul șef de secție al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție.

(2) În cazul când măsurile și actele sunt ale prim-procurorului, ale procurorului general al parchetului de pe lângă curtea de apel, ale procurorului șef de secție al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție ori au fost luate sau efectuate pe baza dispozițiilor date de către aceștia, plângerea se rezolvă de procurorul ierarhic superior.”

⁵ M. Udriou, *Procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 771.

⁶ Decizia fusese pronunțată în interpretarea art. 168 alin. (1) VCPP, care prevedea: „În contra măsurii asigurătorii luate și a modului de aducere la îndeplinire a acesteia, învinuitul sau inculpatul, partea responsabilă civilmente, precum și orice altă persoană interesată se pot plânga procurorului sau instanței de judecată, în orice fază a procesului penal.”

a măsurii, când se contestă modul de aducere la îndeplinire a măsurii asigurătorii, se observă faptul că legea nu prevede momentul de la care curge termenul în cazul persoanelor interesate de măsură sau de modul de aducere la îndeplinire a acesteia și cărora ordonanța sau aducerea la îndeplinire a măsurii nu le-a fost comunicată deloc (în cazul primei) sau de îndată (în secundul caz), în condițiile în care norma procesual penală nu este explicită cu privire la obligația de comunicare a ordonanței sau a actului de aducere la îndeplinire a acesteia tuturor persoanelor care ar putea fi afectate.

Tocmai din acest motiv, printr-o interpretare judicioasă a normei juridice, trebuie să li se confere posibilitatea tuturor celor interesați sau afectați de măsura asigurătorie să formuleze contestație în termen de 3 zile de la data luării la cunoștință despre aceasta, fapt care se întâmplă, de regulă, la data punerii în executare a măsurii, în acest sens hotărând, în majoritate, și judecătorii de la instanțele din raza Curții de Apel București, cu ocazia întâlnirii trimestriale destinate unificării practicii judiciare, organizate la data de 14 iunie 2016. În același fel, dacă cel interesat a luat la cunoștință de modul de aducere la îndeplinire a măsurii după termenul de 3 zile de la data actului de executare (de ex. i s-a comunicat de către bancă cuantumul sumei poprite după acest termen), el poate formula contestație în termen de 3 zile de la comunicare.

Un alt aspect asupra căruia merită insistat vizează competența teritorială a judecătorului de drepturi și libertăți chemat să se pronunțe asupra contestației. Potrivit art. 250 alin. (1) C. pr. pen., competența revine acelui judecător de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond.

Se remarcă, așadar, că, spre deosebire de alte proceduri date în competența judecătorului de drepturi și libertăți [de exemplu, în materia măsurilor preventive ale arestului la domiciliu sau arestului preventiv – art. 219 alin. (1), art. 223 alin. (1) ș.a. C. pr. pen. – sau în materie probatorie – art. 140 alin. (1), art. 158 alin. (1) ș.a. C. pr. pen.], în această procedură legiuitorul nu instituie o competență alternativă, ci una exclusivă, astfel că, pentru aceeași fază de urmărire penală, este posibil ca organul de urmărire penală să sesizeze cu propuneri diverse judecători de drepturi și libertăți aparținând unor instanțe diferite, fără posibilitatea ca judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța competentă să soluționeze cauza în fond, sesizat în procedura contestației analizate de noi, să poată dispune declinarea de competență în favoarea unui judecător de drepturi și libertăți de la o altă instanță, chiar în contextul în care acela soluționase anterior, în cauză, propunerile formulate de către procuror⁷.

Tot din perspectiva competenței, merită subliniată introducerea, prin art. II pct. 62 din O.U.G. nr. 18/2016, a alin. (5¹) al art. 250 C. pr. pen., care prevede că dacă a fost sesizată

⁷ În acest sens, opinia unanimă exprimată de către judecătorii de la instanțele din raza Curții de Apel Iași, cu ocazia întâlnirii trimestriale destinate unificării practicii judiciare, organizate pentru trimestrele III și IV ale anului 2015, a fost în sensul că, deoarece, în cursul urmăririi penale, în cadrul aceleiași cauze, sunt competenți judecători de drepturi și libertăți din cadrul unor instanțe diferite competente teritorial, potrivit competențelor alternativă sau unică, corespunzător măsurilor ce trebuie dispuse, nu există vreun temei de drept care să legitimeze judecătorul de drepturi și libertăți să-și decline competența în favoarea judecătorului de drepturi și libertăți din cadrul instanței care a soluționat măsurile preventive, dacă acesta nu aparține instanței competente să soluționeze cauza în fond, ci unei alte instanțe dintre cele competente teritorial în mod alternativ.

instanța prin rechizitoriul până la soluționarea contestației de către judecătorul de drepturi și libertăți, aceasta va fi înaintată spre soluționare judecătorului de cameră preliminară⁸, norma găsindu-și rațiunea în noua structură a procesului penal, care consacră și faza procesuală a camerei preliminare, în care titular este judecătorul de cameră preliminară, în virtutea principiului separării funcțiilor judiciare. Acesta este singurul caz în care judecătorul de cameră preliminară devine competent să soluționeze contestația împotriva măsurii asiguratorii luate de către procuror, pe parcursul urmăririi penale, sau a modului de punere în aplicare a acestei măsuri.

Apreciem, în consens cu practica judiciară⁹, că judecătorul de drepturi și libertăți nu va proceda la declinarea de competență în favoarea judecătorului de cameră preliminară (fiind vorba despre două organe judiciare aparținând aceleiași instanțe, iar competența stabilindu-se prin raportare la instanță, și nu la organele judiciare care funcționează în cadrul acesteia), ci la trimiterea acestei cauze judecătorului competent, printr-o hotărâre nesupusă vreunei căi de atac, întocmai ca încheierea de declinare de competență sau ca încheierea de soluționare a contestației.

O altă problemă ridicată în materia competenței este vizată de efectele pe care le poate avea în această procedură dispoziția de desemnare a unei alte instanțe pentru judecarea cauzei, în temeiul art. 76 C. pr. pen.¹⁰, anume dacă ulterior admiterii cererii și desemnării unei instanțe egale în grad cu cea căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță, care să fie sesizată în cazul în care se va emite rechizitoriul, trebuie sesizat cu judecarea contestației privind măsura asiguratorie judecătorul de drepturi și libertăți de la noua instanță desemnată sau de la cea care era competentă să soluționeze cauza în fond anterior dispunerii acestei măsuri.

⁸ Soluția, consacrată normativ prin modificarea operată de către O.U.G. nr. 18/2016, a fost prefigurată la întâlnirea reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, din 27-28 noiembrie 2014, când s-a hotărât că nu mai este competent să soluționeze contestația judecătorul de drepturi și libertăți, ci judecătorul de cameră preliminară din cadrul aceleiași instanțe.

⁹ A se vedea, cu titlul de exemplu, încheierea pronunțată de către judecătorul de drepturi și libertăți în dos. nr. 2575/1/2016 al ÎCCJ, nepublicată.

¹⁰ Potrivit acestei norme: „(1) Procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală poate cere Înaltei Curți de Casație și Justiție să desemneze o altă curte de apel decât cea căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță, care să fie sesizată în cazul în care se va emite rechizitoriul.

(2) Procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală poate cere curții de apel competente să desemneze un alt tribunal sau, după caz, o altă judecătorie decât cea căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță, care să fie sesizate în cazul în care se va emite rechizitoriul.

(3) Dispozițiile art. 71 se aplică în mod corespunzător.

(4) Înalta Curte de Casație și Justiție sau curtea de apel competentă soluționează cererea în camera de consiliu, în termen de 15 zile.

(5) Înalta Curte de Casație și Justiție sau curtea de apel competentă dispune, prin încheiere motivată, fie respingerea cererii, fie admiterea cererii și desemnarea unei instanțe egale în grad cu cea căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță, care să fie sesizată în cazul în care se va emite rechizitoriul.

(6) Încheierea prin care Înalta Curte de Casație și Justiție sau curtea de apel competentă soluționează cererea nu este supusă niciunei căi de atac.

(7) În cazul respingerii cererii de desemnare a altei instanțe pentru judecarea cauzei formulate, în aceeași cauză nu mai poate fi formulată o nouă cerere pentru aceleași motive.”

În acord cu opinia majoritară exprimată în cadrul întâlnirii din 24-25 septembrie 2015, a reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor penale ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel, apreciem că admiterea cererii și desemnarea unei instanțe egale în grad cu cea căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță nu produce efecte în prezenta procedură, deoarece efectul acesteia nu operează anterior emiterii rechizitoriului, fiind incertă până la acel moment, și, mai mult, vizează doar faza de judecată, fără a produce efecte și cu privire la competența organelor judiciare în faza de urmărire penală.

Un alt aspect problematic al acestei proceduri îl constituie lipsa unui termen pentru soluționarea contestației, legiuitorul prevăzând doar în conținutul art. 250 alin. (4) C. pr. pen. faptul că soluționarea contestației se realizează în camera de consiliu, cu citarea contestatorului și a persoanelor interesate, prin încheiere motivată, care este definitivă, participarea procurorului fiind obligatorie. Deși nu este obligatoriu ca legiuitorul să prevadă un termen legal pentru soluționarea unei căi de atac și, mai mult, o astfel de prevedere chiar are un caracter de excepție în procedura penală, regula fiind constituită de lipsa unor astfel de termene, tocmai pentru a se lăsa la latitudinea organului judiciar posibilitatea de a gestiona în mod judicios nu doar timpul necesar soluționării cauzei, dar și celelalte aspecte care condiționează justa soluționare a aceluia aspect litigios, totuși, în materia măsurilor asigurătorii, regula o constituie tocmai instituirea unor astfel de termene.

În acest sens, este de observat faptul că norma art. 250 alin. (7) C. pr. pen. prevede un termen de soluționare de 5 zile de la înregistrarea contestației formulate împotriva modului de aducere la îndeplinire a măsurii asigurătorii luate de către judecătorul de cameră preliminară ori de către instanța de judecată, la fel cum art. 250¹ alin. (3) C. pr. pen. prevede același termen pentru soluționarea contestației formulate împotriva încheierii prin care s-a dispus luarea unei măsuri asigurătorii de către judecătorul de cameră preliminară, de instanța de judecată sau de instanța de apel.

În acest context, merită ridicată întrebarea dacă lipsa unui termen de soluționare a contestației vizând luarea de către procuror a măsurii asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acestei măsuri este o omisiune a legiuitorului, care nu a corelat normele existente în această materie, sau ea exprimă intenția legiuitorului de a institui un regim derogatoriu în privința acestei proceduri, față de celelalte proceduri similare amintite de noi mai sus.

Opinăm în sensul că ne aflăm în prezența unei lacune legislative care traduce o omisiune neintenționată a legiuitorului deoarece o asemenea distincție nu ar avea nicio justificare obiectivă, dar, mai mult, din modul de reglementare a celorlalte termene ale prezentei proceduri, rezultă în mod cert celeritatea avută în vedere de către legiuitor și în această procedură. Astfel, legiuitorul a reglementat un termen scurt, de doar 3 zile, pentru formularea contestației, un alt termen foarte scurt, de doar 24 de ore, pentru comunicarea dosarului de către unitatea de parchet, și un altul, de asemenea foarte scurt, de doar 48 de ore, pentru restituirea dosarului la unitatea de parchet, după soluționarea contestației. Ar fi absurd ca, în această logică, soluționarea contestației să nu fie supusă, la rândul ei, unui termen scurt, similar aceluiași proceduri, dar desfășurate în fața judecătorului de cameră preliminară sau a instanței.

În consecință, apreciem că, prin analogie cu normele art. 250 alin. (7) și ale art. 250¹ alin. (3) C. pr. pen., judecătorul de drepturi și libertăți trebuie să procedeze la soluționarea contestației în termenul de 5 zile de la înregistrarea acesteia, termenul fiind unul procedural, calculat pe zile libere, conform art. 269 alin. (2) C. pr. pen., dar a cărui încălcare, în lipsa unei mențiuni normative exprese, nu poate atrage răspunderea disciplinară a organului judiciar.

O altă consecință a acestui termen scurt de soluționare a cauzei o reprezintă necesitatea utilizării procedurilor accelerate de citare reglementate de art. 257 C. pr. pen., doar în acest mod putându-se realiza în mod optim și cu celeritate înștiințarea despre procedură a persoanelor interesate.

Un alt aspect problematic asupra căruia ne vom opri atenția îl reprezintă sfera persoanelor care se impune a fi citate la procedură. Potrivit art. 250 alin. (1) și (4) C. pr. pen., participanți la procedură sunt contestatorul și alte persoane interesate, participarea procurorului fiind și ea obligatorie, sub sancțiunea nulității absolute, așa cum am arătat mai sus.

Privitor la sfera persoanelor interesate care trebuie citate în fața judecătorului de drepturi și libertăți, Codul de procedură penală nu face nicio circumstanțiere, lăsând la latitudinea judecătorului de drepturi și libertăți să procedeze la identificarea acestora, în principiu fiind vorba nu doar despre părțile și subiecții procesuali principali ai procesului penal (de ex., suspectul, inculpatul, partea civilă și partea responsabilă civilmente, ale căror interese patrimoniale sunt, de regulă, implicate, atunci când măsura preventivă a fost luată în vederea reparării pagubei produse prin infracțiune sau pentru garantarea executării cheltuielilor judiciare), dar și despre terți față de procesul penal (de ex., persoana în proprietatea sau posesia căreia se află bunurile asupra cărora a fost dispusă măsura asigurătorie luată în vederea confiscării speciale sau extinse, ori alte persoane care dețin garanții sau alte drepturi reale asupra respectivelor bunuri vizate de măsura asigurătorie).

Față de timpul scurt pe care acest organ judiciar îl are pentru soluționarea cauzei, identificarea completă a tuturor acestor persoane se poate dovedi extrem de anevoioasă, astfel că, în primul rând, judecătorul de drepturi și libertăți va avea în vedere acele persoane al căror interes în cauză rezultă din chiar actele dosarului. Tocmai din acest motiv, apreciem și noi, în consens cu o altă opinie doctrinară¹¹, că în situația în care asupra bunurilor au fost impuse garanții despre care nu se face vorbire în probele cauzei, judecătorul de drepturi și libertăți nu are abilitatea și nici timpul de a face investigații pentru identificarea tuturor persoanelor interesate, urmând ca aceste persoane să poată formula, ulterior, contestație atunci când iau cunoștință de instituirea sechestrului asupra bunurilor în privința cărora au un interes.

Dacă una dintre persoanele a căror citare la procedură se impune se află în stare de privare de libertate, chiar în altă cauză, apreciem că citarea acesteia se va realiza cu mențiunea prezenței obligatorii. Astfel, chiar dacă regula în această procedură o reprezintă obligativitatea realizării procedurii de citare, sub sancțiunea nulității relative, fără ca prezența efectivă a persoanelor citate să fie obligatorie, soluționarea contestației putându-se desfășura

¹¹ C.M. Chiriță, în N. Volonciu, A.S. Uzlău (coord.), *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 572.

și în lipsa acestora, dacă procedura este legal îndeplinită, nu aceeași trebuie să fie soluția și în cazul persoanelor private de libertate, a căror simplă citare la procedură nu este de natură a le asigura posibilitatea realizării unei apărări efective, în condițiile absenței acestora la dezbateri din motive neimputabile, ținând de situația lor obiectivă. Astfel, câtă vreme aceste persoane se află în custodia statului, este necesar ca judecătorul de drepturi și libertăți să dispună prezentarea efectivă a acestora la procedură, pentru ca acestea să beneficieze de efectivitatea dreptului la apărare, dar și pentru asigurarea caracterului oral și contradictoriu al procedurii, sancțiunea care va interveni în cazul nerespectării acestei obligații fiind nulitatea relativă¹².

Un alt aspect care se poate dovedi problematic este reprezentat de existența obligativității asistenței juridice în această procedură. În lipsa oricăror prevederi legale în această materie, ar părea că asistența juridică nu este obligatorie pentru niciuna dintre persoanele citate la procedură, indiferent dacă acestea au sau nu calitatea de părți sau subiecți procesuali principali în procesul penal aflat în desfășurare.

Dar faptul că legiuitorul nu a inclus norme speciale cu privire la asigurarea asistenței juridice pentru persoanele participante la procedură, cum a făcut în cazul altor proceduri, unde a apreciat nu doar necesară, dar chiar obligatorie exercitarea în acest mod a dreptului la apărare (de ex., în cazul procedurilor privitoare la măsurile preventive), nu trebuie să conducă în mod necesar la această concluzie. Astfel, trebuie avut în vedere faptul că această procedură se desfășoară pe durata fazei de urmărire penală, fază în care există norme procedurale care reglementează obligativitatea asistenței juridice atât cu privire la suspect sau inculpat [art. 90 lit. a) și b)¹³ C. pr. pen.¹⁴], cât și cu privire la persoana vătămată, partea civilă și partea responsabilă civilmente [art. 93 alin. (4) și (5) C. pr. pen.¹⁵].

Or, în aceste condiții, chiar dacă nu este obligatorie acordarea asistenței juridice în mod special pentru această procedură, persoanele participante la procedură vor putea beneficia de asistența juridică din oficiu dacă se încadrează în vreuna dintre situațiile menționate în normele sus-citate, în temeiul cărora asistența juridică este obligatorie pe întreaga desfășurare a fazei urmăririi penale, neputând exista rațiuni pentru privarea suspectului, inculpatului

¹² În lipsa unei norme care să prevadă expres prezența obligatorie a persoanelor citate și arestate, chiar în altă cauză, nu se poate aplica sancțiunea prevăzută de art. 281 alin. (1) lit. e) C. pr. pen., urmând a fi, însă, incidentă sancțiunea prevăzută de art. 282 alin. (1) C. pr. pen.

¹³ Potrivit acestei norme: „Asistența juridică este obligatorie:

a) când suspectul sau inculpatul este minor, internat într-un centru de detenție ori într-un centru educativ, când este reținut sau arestat, chiar în altă cauză, când față de acesta a fost dispusă măsura de siguranță a internării medicale, chiar în altă cauză, precum și în alte cazuri prevăzute de lege;

b) în cazul în care organul judiciar apreciază că suspectul ori inculpatul nu și-ar putea face singur apărarea.”

¹⁴ Evident, nu poate fi avut în vedere și cazul de la art. 90 lit. c) C. pr. pen., aplicabil doar în faza de cameră preliminară și în cea de judecată.

¹⁵ Conform acestor dispoziții: „(4) Asistența juridică este obligatorie când persoana vătămată sau partea civilă este o persoană lipsită de capacitate de exercițiu ori cu capacitate de exercițiu restrânsă.

(5) Când organul judiciar apreciază că din anumite motive persoana vătămată, partea civilă sau partea responsabilă civilmente nu și-ar putea face singură apărarea, dispune luarea măsurilor pentru desemnarea unui avocat din oficiu.”

sau a părții civile, părții responsabile civilmente ori persoanei vătămate de asistența juridică legal considerată obligatorie în această fază a procesului penal, cu atât mai mult cu cât prin dispunerea măsurii asigurătorii este afectată exercitarea drepturilor și intereselor patrimoniale ale acestora.

După cum se poate observa din analiza normelor legale sus-menționate, deși la procedură pot fi citate și terțe persoane față de procesul penal, nicio normă legală expresă nu există pentru a îndritui judecătorul de drepturi și libertăți să ia măsuri pentru acordarea și acestora a asistenței juridice din oficiu în cazurile în care se apreciază că respectiva persoană nu și-ar putea formula singură apărarea intereselor sale patrimoniale, ceea ce nu credem că trebuie să conducă la concluzia imposibilității acordării acestui beneficiu. Astfel, opinăm pentru o interpretare analogică, *in favorem*, a normei art. 90 lit. b) și art. 93 alin. (5) C. pr. pen., în același scop, a garantării efectivității dreptului la apărare al acestor persoane și pentru a nu le crea o situație de vădită inferioritate față de ceilalți participanți la procedură, câtă vreme garanția procesuală a egalității armelor le este și acestora pe deplin aplicabilă.

În ceea ce privește persoana avocatului din oficiu chemat să apere interesele participanților la procedură care beneficiază de asistență juridică din oficiu și în cursul fazei urmăririi penale, se ridică întrebarea dacă trebuie, în mod necesar, să fie vorba despre aceeași persoană sau dacă, urmare a demersurilor efectuate de către judecătorul de drepturi și libertăți, există posibilitatea desemnării unui alt apărător din oficiu în cadrul acestei proceduri.

Deși considerăm că, pentru o temeinică apărare a intereselor celor în cauză, existența identității avocatului din oficiu din această procedură cu cel care exercită apărarea aceleiași părți sau subiect procesual principal în faza urmăririi penale este dezirabilă, apreciem că nu este necesar să fie vorba despre același avocat din oficiu, neexistând nicio dispoziție legală care să impună aceasta. În orice caz, onorariul aferent activității prestate de către acest avocat în desfășurarea prezentei proceduri are un caracter distinct față de cel convenit pentru activitatea desfășurată în cursul urmăririi penale (dar și al oricăror alte activități desfășurate în alte proceduri în fața judecătorului de drepturi și libertăți, privind sesizări distincte, în materia măsurilor preventive), fiind prevăzut de art. 5 alin. (1) lit. I) din Protocolul încheiat între Ministerul Justiției și Uniunea Națională a Barourilor din România¹⁶, iar asupra sa va dispune judecătorul de drepturi și libertăți prin încheierea pronunțată în respectiva procedură, și nu procurorul, prin ordonanță, astfel cum se întâmplă în cazul onorariilor convenite pentru asistența judiciară acordată în cursul urmăririi penale.

Soluția se impune deoarece această sesizare are un caracter distinct față de cea privind urmărirea penală, prestația depusă de către avocat fiind una diferită, în fața unui alt organ judiciar. În acest sens s-au pronunțat și judecătorii de la instanțele din raza Curții de apel Cluj, cu ocazia întâlnirii trimestriale destinate unificării practicii judiciare, organizată la data de 25 martie 2015 (dar și judecătorii de la instanțele din raza Curții de apel Ploiești, cu ocazia întâlnirii trimestriale destinate unificării practicii judiciare organizată la data de 10 iunie 2015).

¹⁶ Acest protocol poate fi accesat la adresa de internet: http://portal.just.ro/36/Documents/INFORMATII_DE_INTERES_PUBLIC/PROTOCOL/MJ%20-%20Protocol%20privind%20stabilirea%20onorariilor%20convenite%20avocacilor.pdf.

În ceea ce privește probațiunea care poate fi administrată în cauză, se ridică întrebarea dacă judecătorul de drepturi și libertăți trebuie să se limiteze la probele administrate în cursul urmăririi penale sau dacă el beneficiază de o libertate probatorie extinsă, putând administra orice probe necesare pentru justa soluționare a contestației. Întrebarea este legitimă, în contextul termenului foarte scurt impus de către legiuitor pentru soluționarea cauzei, care ar putea conduce la concluzia că judecătorul de drepturi și libertăți trebuie să se limiteze la materialul probator deja existent în cauză.

Apreciem că, în lipsa unei mențiuni exprese și limitative a legiuitorului privind tipurile de probe admise a fi administrate în această procedură, dar și față de obligația care revine judecătorului de drepturi și libertăți de a verifica nu doar legalitatea, ci și temeinicia¹⁷ măsurii asigurătorii, dreptul participanților de a propune probe se va exercita neîngrădit, judecătorul de drepturi și libertăți urmând a aprecia cu privire la solicitările probatorii, din perspectiva utilității, pertinentei și concludenței probei.

Credem că la această concluzie conduc și considerentele Deciziei nr. 166/2015 a Curții Constituționale¹⁸, redate în par. nr. 49-51, în care s-a reținut, din perspectiva exercitării dreptului la apărare în procedură contradictorie, posibilitatea propunerii oricăror probe care pot susține tezele apărării, față de imperativul asigurării dreptului la respectarea bunurilor, consacrat și de Convenția europeană a drepturilor omului, secțiunea relevantă a deciziei menționând următoarele: „În procedura analizată, deși judecătorul de cameră preliminară decide cu privire la fondul cauzei, și anume cu privire la elementele esențiale ale raportului de conflict – faptă, persoană și vinovăție –, persoanele vătămate în interesele lor și procurorul nu au dreptul de a solicita administrarea unor mijloace de probă, de a folosi aceste mijloace de probă și de a invoca excepții pentru a-și argumenta poziția. Or, din perspectiva dreptului la apărare garantat de art. 24 din Constituție, o atare situație este inacceptabilă. Curtea consideră că dreptul la apărare conferă oricărei părți implicate într-un proces și indiferent de natura acestuia (civil, penal, comercial, administrativ, litigiu de muncă) posibilitatea de a folosi toate mijloacele prevăzute de lege prin care pot fi invocate situații sau împrejurări ce susțin și probează apărarea. Acesta include participarea la ședințele de judecată, posibilitatea de a folosi orice mijloc de probă, de a solicita administrarea unor probe și de a invoca excepții procedurale ce îi pot sprijini poziția”).

Or, chiar dacă decizia Curții Constituționale viza o altă procedură decât cea care formează obiectul studiului nostru, și anume procedura de soluționare a cererii de confiscare specială, formulată de către procuror ca urmare a dispunerii unei soluții de netrimitere în

¹⁷ Potrivit par. 19 al Dec. CCR nr. 629/2015 (M. Of. nr. 868 din 20 noiembrie 2015): „Pe fond, sechestrul asigurător poate fi contestat în 3 zile de la data comunicării ordonanței de luare a măsurii, odată cu contestarea temeiniciei măsurii putându-se contesta și neregularitățile actului prin care a fost dispusă instituirea sechestrului asigurător, așadar toate mențiunile pe care trebuie să le conțină ordonanța procurorului, potrivit art. 286 C. pr. pen., așa încât judecătorul de drepturi și libertăți va proceda la verificarea condițiilor legale pentru luarea măsurii asigurătorii, respectiv necesitatea și întinderea prejudiciului.”

¹⁸ Dec. CCR nr. 166 din 17 martie 2015, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 54, art. 344 alin. (3) și (4), art. 346 alin. (3) și (7), art. 347 și art. 549¹ C. pr. pen., a fost publicată în M. Of. nr. 264 din 21 aprilie 2015.

judecată, apreciem că rațiunile expuse de către Curte subzistă cu evidență și în această procedură, care este menită a asigura și ea protejarea dreptului fundamental la proprietate al persoanelor vizate de măsura asigurătorie luată.

Un alt aspect problematic asupra căruia dorim să ne oprim atenția vizează modul în care se va realiza pronunțarea încheierii judecătorului de drepturi și libertăți, respectiv dacă această pronunțare se realizează în ședință publică sau în camera de consiliu.

Din nefericire, și de această dată, legiuitorul a dat dovadă de inconsecvență în redactarea normei art. 250 alin. (4) C. pr. pen., câtă vreme acesta, deși face referire la „soluționarea” contestației în camera de consiliu, nu menționează și modul în care se va realiza pronunțarea încheierii [mai exact a minutei, a cărei redactare este obligatorie, conform art. 250 alin. (9) C. pr. pen.]. Cu alte ocazii, legiuitorul a menționat nu doar soluționarea procedurii în camera de consiliu, dar și pronunțarea hotărârii în camera de consiliu [de ex., art. 141 alin. (4)¹⁹, art. 144 alin. (2)²⁰, art. 154 alin. (7)²¹, art. 203 alin. (5)²² ș.a. C. pr. pen.], ceea ce a generat orientări diferite în practica judiciară, unele instanțe realizând această pronunțare în ședință publică, urmând regula generală în materie, iar altele făcând pronunțarea în camera de consiliu, apreciind că întreaga procedură, deci și pronunțarea hotărârii, trebuie realizată în procedură nepublică.

În consens cu această ultimă orientare, apreciem și noi că nu poate fi incidentă norma art. 405 alin. (1) C. pr. pen., care privește doar procedura de judecată în primă instanță și care nu poate fi aplicată prin analogie acestei proceduri, desfășurată în altă fază procesuală și în camera preliminară, ca procedură nepublică, trebuind a se avea în vedere specificul acestei proceduri și cu ocazia pronunțării minutei.

III. Contestarea luării măsurilor asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acestora în cursul camerei preliminare și al judecății

Dacă în reglementarea inițială a Codului de procedură penală nu exista posibilitatea contestării separate a încheierii prin care judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată au dispus luarea unei măsuri asigurătorii, ca urmare a Deciziei nr. 24 din 20 ianuarie 2016²³ a Curții Constituționale, prin care s-a constatat neconstituționalitatea

¹⁹ Conform acestei dispoziții: „În cazul în care judecătorul de drepturi și libertăți apreciază că au fost îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (1), confirmă în termen de 24 de ore măsura dispusă de procuror, prin încheiere, pronunțată în camera de consiliu, fără citarea părților.”

²⁰ Această prevedere are următorul conținut: „Judecătorul de drepturi și libertăți se pronunță în camera de consiliu, fără citarea părților, prin încheiere care nu este supusă căilor de atac. Întocmirea minutei este obligatorie.”

²¹ Conform acestei norme: „Judecătorul de drepturi și libertăți se pronunță în termen de 48 de ore cu privire la solicitarea organelor de urmărire penală de transmitere a datelor, prin încheiere motivată, în camera de consiliu.”

²² Potrivit acestei norme: „În cursul urmăririi penale și al procedurii de cameră preliminară, cererile, propunerile, plângerile și contestațiile privitoare la măsurile preventive se soluționează în camera de consiliu, prin încheiere motivată, care se pronunță în camera de consiliu.”

²³ Decizia a fost publicată în M. Of. nr. 276 din 12 aprilie 2016.

soluției legislative cuprinsă în art. 250 alin. (6) C. pr. pen. (care nu permitea și contestarea luării măsurii asigurătorii de către judecătorul de cameră preliminară ori de către instanța de judecată), a fost introdus art. 250¹ C. pr. pen., prin art. II pct. 63 din O.U.G. nr. 18/2016.

Acest articol, menit să remedieze viciul de neconstituționalitate constat prin decizia menționată, deși are meritele sale, ridică și câteva probleme de ordin procedural, și nu numai, pe care le vom puncta în cele ce urmează, fără a mai reveni asupra unor dintre problemele menționate mai sus, la analiza procedurii desfășurate în fața judecătorului de drepturi și libertăți și care sunt incidente și în această procedură.

Mai întâi, este de observat faptul că el are o denumire marginală necorespunzătoare conținutului său, câtă vreme, deși denumirea sa marginală face referire la „Contestarea măsurilor asigurătorii dispuse în cursul judecății”, conținutul său vizează în mod explicit și măsurile asigurătorii dispuse în cursul camerei preliminare, fază distinctă a procesului penal și care nu poate face obiectul unei confuzii sau asimilări cu faza judecății. De altfel, nu este doar o problemă terminologică cea pe care o ridicăm, ci, așa după cum se va vedea din analiza noastră, acest articol conturează o procedură de contestare similară celor desfășurate pe durata judecății, ignorând, din păcate, multe dintre trăsăturile specifice ale procedurilor de cameră preliminară, generând în acest fel contradicții greu de conciliat.

Prin urmare, apreciem că legiuitorul a procedat în mod nefericit când a transpus soluția adoptată de către Curtea Constituțională deoarece, în loc să reglementeze aspectele specifice contestării măsurilor asigurătorii în procedura de cameră preliminară în cadrul unei norme comune [față de faptul că deja în vigoare exista norma art. 250 alin. (5) C. pr. pen. care reglementa contestarea în această fază procesuală a modului de aducere la îndeplinire a măsurii asigurătorii luate de către judecătorul de cameră preliminară], distinct față de norma care să vizeze aceeași procedură aferentă fazei de judecată, a preferat să scindeze procedura, operând o reglementare nu în funcție de faza procesuală, ci de obiectul contestației, respectiv după cum este vorba de contestarea luării măsurii asigurătorii – care acum este reglementată în art. 250¹ C. pr. pen., indiferent că este vorba despre faza de cameră preliminară sau de judecată – sau de contestarea modului de aducere la îndeplinire a măsurii asigurătorii, pentru care a rămas incidentă vechea normă a art. 250 alin. (6) C. pr. pen.

Până la a analiza problemele privind contestarea măsurilor asigurătorii luate în procedura camerei preliminare, să menționăm unele aspecte problematice privind procedura luării acestor măsuri.

Dacă în cursul urmăririi penale, competența de a dispune luarea măsurii asigurătorii revenea exclusiv procurorului, ca titular al acelei faze procesuale, pe durata camerei preliminare doar judecătorul de cameră preliminară sesizat prin rechizitoriu și care desfășoară și procedura generală de cameră preliminară, reglementată de art. 342 și urm. C. pr. pen., este îndrituit a dispune luarea sechestrului asigurător, din oficiu sau la cererea procurorului²⁴

²⁴ Procurorul poate solicita luarea sechestrului direct prin rechizitoriu, astfel cum prevede art. 330 C. pr. pen., sau prin cerere orală/scriasă, pe durata procedurii de cameră preliminară.

ori a părții civile²⁵, după distincțiile prevăzute de art. 249 alin. (1)-(7) C. pr. pen., la fel urmând a proceda și instanța în cursul fazei judecătii.

Asupra procedurii de luare a sechestrului asigurător în procedura camerei preliminare, legislația noastră procesual penală tace, fiind menționată în art. 247 alin. (1) C. pr. pen. doar posibilitatea judecătorului de cameră preliminară de a dispune această măsură. Din acest motiv, în lipsa unor norme speciale în această materie, apreciem că vor fi incidente normele specifice procedurii generale de cameră preliminară, respectiv cele ale art. 344-346 C. pr. pen.

Astfel, considerăm că asupra solicitării de luare a sechestrului asigurător se va pronunța chiar judecătorul de cameră preliminară investit ca urmare a înregistrării la instanță a rechizitoriului, ca act de sesizare. Considerăm că nu poate fi vorba despre un alt judecător (alt complet²⁶) de cameră preliminară deoarece, în viziunea Codului de procedură penală, judecătorul de cameră preliminară investit ca urmare a sesizării instanței prin rechizitoriu este singurul competent să dispună cu privire la toate aspectele incidentale care privesc cauza penală în această fază a procesului penal. De altfel, acest aspect reiese cu evidență și în această materie din norma art. 250 alin. (5¹) C. pr. pen., care impune obligația judecătorului de drepturi și libertăți de a înainta soluționarea contestației înregistrate cu privire la măsurile asigurătorii dispuse de către procuror sau la modul de aducere la îndeplinire a acestor măsuri tocmai judecătorului de cameră preliminară investit ca urmare a sesizării instanței prin rechizitoriu.

O altă problemă care se ridică este aceea dacă ședința de judecată în care se va pune în discuție cererea sau sesizarea de luare a măsurii asigurătorii va fi una distinctă față de ședința de judecată desfășurată în procedura generală de cameră preliminară sau dacă aspectul privind luarea măsurii asigurătorii va forma obiectul chiar a ședinței de judecată în care sunt analizate și aspectele menționate de art. 342 C. pr. pen.

Chiar dacă nu există o obligație în acest sens, considerăm că cel mai bun mod de a proceda pentru judecătorul de cameră preliminară este să stabilească un termen separat de ședință ori de câte ori sesizarea pentru luarea măsurii asigurătorii este formulată chiar de către procuror, prin rechizitoriu, sau din oficiu, înainte de invocarea de excepții și cereri în procedura camerei preliminare, deoarece este posibil ca în procedura de cameră preliminară să nici nu fie formulate de către părți cereri sau excepții și nici ridicate din oficiu astfel de excepții, caz în care procedura de soluționare a camerei preliminare nu presupune desfășurarea unei ședințe de judecată cu prezența părților, persoanei vătămate și a

²⁵ Cererea poate fi formulată în formă scrisă, în termenul stabilit de către judecătorul de cameră preliminară pentru formularea de cereri și excepții, conform art. 344 alin. (2) C. pr. pen., sau oral, la ședința de judecată stabilită conform art. 345 alin. (1) și art. 346 alin. (4¹) C. pr. pen., dar o parte civilă diligentă care dorește a solicita luarea sechestrului asigurător va formula solicitarea în termenului stabilit de către judecătorul de cameră preliminară pentru formularea de cereri și excepții, deoarece în lipsa ridicării de cereri și excepții în cauză, judecătorul va soluționa procedura de cameră preliminară fără a mai cita părțile, conform art. 346 alin. (1) C. pr. pen.

²⁶ La nivelul fiecărei instanțe sunt constituite complete pentru judecata de cameră preliminară și pentru judecata în primă instanță, conform art. 24 alin. (1) lit. b) și m) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești.

procurorului, astfel cum dispune art. 346 alin. (1) C. pr. pen., iar, pe de altă parte, chiar dacă astfel de excepții și cereri ar fi invocate, nu ar fi firească tergiversarea soluționării acestei cereri până la momentul acelei ședinței de judecată care, de regulă, presupune un termen de peste o lună de la momentul sesizării instanței prin rechizitoriu, ceea ce nu este compatibil cu celeritatea pe care legiuitorul a dat-o acestei proceduri.

Desigur, cu totul altfel stau lucrurile atunci când sesizarea de luare a sechestrului este ridicată din oficiu sau la cererea procurorului ori a părții civile, dar pe parcursul procedurii de cameră preliminară, când punerea în discuție a necesității luării măsurii asigurătorii se realizează, de principiu, la termenul de ședință stabilit în procedura generală de cameră preliminară. Spunem „de principiu”, deoarece nimic nu împiedică judecătorul de cameră preliminară să stabilească și în acest caz un termen distinct, separat, special pentru punerea în discuție a măsurii asigurătorii, dacă în acest fel s-ar asigura mai bine scopul urmărit prin această instituție juridică.

În oricare caz ne-am afla dintre cele descrise mai sus, devine evident că, în lipsa unor norme speciale în materie, vor fi incidente normele aferente procedurii generale de cameră preliminară, care impune ca ședința de judecată să fie nepublică, urmând a se desfășura în camera de consiliu, față de dispozițiile art. 345 alin. (1) și art. 346 alin. (1) și (4¹) C. pr. pen., în procedură orală și contradictorie²⁷, judecătorul de cameră preliminară urmând a se pronunța prin încheiere, în camera de consiliu, conform aceluiași norme aici indicate.

O altă întrebare care se ridică la acest moment este aceea dacă este obligatorie întocmirea minutei și în acest caz. Apreciem că, în ciuda existenței doar a normei art. 250 alin. (9) C. pr. pen., inclusă în cadrul articolului privind contestarea luării de către procuror a măsurii asigurătorii și a modului de aducere la îndeplinire a măsurii asigurătorii dispuse de către judecătorul de cameră preliminară ori de către instanța de judecată, minuta este obligatorie și în acest caz. Astfel, norma citată trebuie aplicată și procedurii de luare a măsurii asigurătorii de către judecătorul de cameră preliminară, fiind absurd a considera minuta obligatorie doar în procedurile de contestație enunțate. De altfel, lipsa unei norme privind obligativitatea minutei în conținutul art. 249 C. pr. pen. nu trebuie să surprindă, câtă vreme această normă vizează preponderent condițiile de fond, de luare a măsurii asigurătorii, și nu exigențele procedurale impuse în acest caz, asupra cărora legiuitorul nostru nu a înțeles să includă o reglementare expresă.

Revenind la aspectele privind procedura contestației formulate împotriva încheierii judecătorului de cameră preliminară prin care se dispune asupra sesizării de luare a măsurii asigurătorii, subliniem faptul că doar încheierea prin care s-a admis sesizarea, în tot sau în parte, și s-a dispus luarea sechestrului asigurător poate fi atacată cu contestație, în procedura reglementată de art. 250¹ C. pr. pen., încheierea prin care s-a respins această sesizare fiind definitivă și neputând fi atacată nici odată cu încheierea finală de cameră preliminară.

²⁷ Desfășurarea procedurii orale și contradictorii nu poate fi contestată, atât față de faptul că în prezent aceasta constituie regula în materia fazei de cameră preliminară (cu unica excepție a situației când nu au fost formulate sau ridicate din oficiu cereri sau excepții, ceea ce nu este cazul aici), cât și față de necesitatea de a supune dezbaterei celor interesați aspecte procesual-penale deosebit de importante în ceea ce privește exercitarea atributelor unor drepturi de natură patrimonială.

Astfel, la această concluzie conduce nu doar faptul că norma art. 250¹ C. pr. pen. a instituit o cale specială de atac, care nu trebuie confundată cu contestația reglementată de art. 347 C. pr. pen., dar, mai mult, această din urmă contestație are un obiect precis determinat prin norma art. 347 alin. (1) C. pr. pen., referindu-se doar la încheierile finale de cameră preliminară enunțate de art. 346 alin. (1)-(4²) C. pr. pen.

Chiar dacă soluția legiuitorului, de limitare a obiectului contestației doar la încheierile de luare a sechestrului asigurător, este concordantă Deciziei nr. 24/2016 a Curții Constituționale²⁸, considerăm că restrângerea dreptului procurorului și părților la formularea contestației poate suferi și ea de vicii din perspectivă constituțională, față de rolul conferit Ministerului Public în justa aplicare a legii și în apărarea ordinii de drept și a drepturilor și intereselor legitime ale cetățenilor, fiind evident faptul că, față de principiul liberului acces la justiție și la egalitatea în fața legii, la fel cum trebuie recunoscut procurorului dreptul de a contesta și încheierea de respingere a propunerii de luare a măsurii asigurătorii, atunci când aceasta prezintă vicii de legalitate sau de temeinicie, la fel trebuie recunoscut și părții civile dreptul de a formula contestație împotriva încheierii de respingere a cererii pe care a formulat-o, atunci când interesele legitime ale acesteia riscă să fie afectate prin soluția dispusă de către judecătorul de cameră preliminară.

Un alt aspect asupra căruia dorim să ne oprim atenția privește termenul în care se poate formula contestația și care este, potrivit art. 250¹ alin. (1) C. pr. pen., de 48 de ore de la pronunțare sau, după caz, de la comunicare.

În primul rând, dorim să subliniem neconcordanța dintre această normă și aceea a art. 250 alin. (1) C. pr. pen., care reglementează contestația împotriva luării măsurii asigurătorii de către procuror, când termenul prevăzut de lege este mai mare, de 3 zile. Or, ne este greu să înțelegem rațiunile pentru care legiuitorul a apreciat că, în situația când măsura sechestrului este dispusă de către o instanță în sensul art. 6 al Convenției europene a drepturilor omului, respectiv de către judecătorul de cameră preliminară sau de către instanța de judecată se impune efectuarea controlului jurisdicțional cu mai mare urgență decât atunci când aceasta este luată de către procuror.

Mai mult, acest termen este în disonanță și cu termenul de 3 zile instituit de art. 250 alin. (6) C. pr. pen., privind contestația formulată împotriva modului de aducere la îndeplinire a măsurii asigurătorii luate prin încheierea judecătorului de cameră sau a instanței de judecată. Nu înțelegem rațiunea pentru care doar în faza de cameră preliminară și de judecată trebuie instituite termene diferite în funcție de cum obiectul contestației îl constituie însăși măsura asigurătorie sau modul de aducere la îndeplinire a acesteia, în condițiile în care o astfel de distincție în faza de urmărire penală nu există și, mai mult, oricum diferența dintre cele două termene este una extrem de redusă, de 24 de ore. Din acest motiv, pentru unitatea și coerența reglementării acestei instituții juridice, credem că, *de lege ferenda*, se impune egalizarea acestor termene, la trei zile.

²⁸ În par. 32 al deciziei, Curtea a constatat că: „*soluția legislativă consacrată de art. 250 alin. (6) C. pr. pen. este neconstituțională și impune, pe cale de consecință, instituirea unei căi de atac separate împotriva încheierii prin care a fost luată măsura asigurătorie de către judecătorul de cameră preliminară ori de către instanța de judecată, fie de fond, fie de apel.*”

Pe de altă parte, trebuie să subliniem și faptul că existența termenului de 48 de ore, în condițiile în care termenul de contestație aferent procedurii generale de cameră preliminară este de 3 zile, conform art. 347 alin. (1) C. pr. pen., coroborat cu faptul că, așa cum arătam mai sus, aspectul privind luarea măsurii asigurătorii în faza de cameră preliminară se discută, de regulă, anterior finalizării acestei faze, determină nu doar soluționarea distinctă (anticipată) a acestei contestații față de contestația formulată în procedura camerei preliminare, ci și posibilitatea soluționării acestei contestații de către un alt judecător de cameră preliminară de la instanța ierarhic superioară decât cel care va fi chemat, ulterior, printr-o altă repartizare aleatorie a cauzei, să soluționeze contestația formulată în procedura de cameră preliminară.

În al doilea rând, o altă neconcordanță care se impune a fi semnalată sub acest aspect o reprezintă lipsa oricărei mențiuni privind modul de calcul al termenului de contestație pentru persoanele interesate de măsura asigurătorie dispusă, dar care nu au fost părți la procedura din fața judecătorului de cameră preliminară sau a instanței în care s-a dispus măsura. Dacă art. 250 alin. (1) C. pr. pen. indică faptul că termenul de contestație curge de la data comunicării ordonanței procurorului sau de la data aducerii la îndeplinire a acesteia, art. 250¹ alin. (1) C. pr. pen. face mențiune doar de momentul pronunțării sau comunicării încheierii, ceea ce ar însemna că, în aproape toate cazurile, aceste persoane se vor vedea decăzute din dreptul de a formula contestație, ca urmare a tardivității introducerii ei, motiv pentru care opinăm în sensul că, față de modul de interpretare al normei art. 250 alin. (1) C. pr. pen., pe cale de analogie și pentru identitate de situație juridică, termenul pentru această categorie de persoane ar trebuie să curgă de la data luării la cunoștință a sechestrului, dar nu mai târziu de 48 de ore de la data punerii în executare a acesteia, când executarea s-a realizat împotriva respectivei persoane, aspecte dezvoltate de noi la pct. II și asupra cărora nu mai revenim.

O altă problemă care merită subliniată este vizată de caracterul ședinței de judecată în care se soluționează procedura contestației formulată în faza camerei preliminare, față de norma art. 250 alin. (7) și art. 250¹ alin. (3) C. pr. pen., care arată faptul că desfășurarea procedurii se va realiza în ședință publică.

Considerăm dispoziția legislativă nefericită, având în vedere faptul că această procedură se desfășoară pe parcursul fazei procesuale de cameră preliminară, unde caracterul nepublic al procedurii este operant, procedura desfășurându-se în camera de consiliu, conform art. 345 alin. (1), art. 346 alin. (1) și (4¹) C. pr. pen., iar contestația din procedura generală de cameră preliminară fiind soluționată și ea tot în camera de consiliu, conform art. 347 alin. (3) C. pr. pen. De asemenea, apreciem că nu se poate identifica o rațiune pentru care desfășurarea procedurii de contestare a luării măsurii asigurătorii să se desfășoare în ședință publică; cel mai probabil, această prevedere legală se explică prin reglementarea în cadrul aceleiași norme legale, atât contestației formulate cu privire la sechestrul dispus de către judecătorul de cameră preliminară, cât și a celei privind măsura asigurătorie luată de către instanța de judecată, în cazul acesteia din urmă fiind firească desfășurarea procedurii în ședință publică, raportat la norma art. 352 alin. (1) C. pr. pen.

Acest aspect nu poate fi ignorat, câtă vreme încălcarea regulii publicității atrage nulitatea absolută a hotărârii, conform art. 281 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., nulitate care, însă, nu mai poate fi invocată în procedura contestației în anulare, în temeiul art. 426 lit. g) C. pr. pen., deoarece, ca urmare a modificărilor operate prin O.U.G. nr. 18/2016, acest caz se referă doar la ședința de judecată din apel, nu și din procedura contestației.

O altă neconcordanță pe care procedura contestației o ridică este generată de norma art. 250¹ alin. (3) C. pr. pen., care prevede faptul că soluționarea contestației se realizează cu citarea inculpatului și a „părților interesate care au formulat-o”. Se observă faptul că dacă alineatul întâi al acestui articol include în sfera titularilor contestației pe inculpat și alte persoane interesate, când se pune problema citării părților la procedură, legiuitorul menționează necesitatea citării *părților* interesate, care au formulat contestația (fără ca această noțiune să vizeze și pe aceea de persoane interesate, care nu sunt părți la procedură).

Or, pentru respectarea contradictorialității și a drepturilor tuturor celor interesați, considerăm că se impune citarea nu doar a părților care au formulat contestația, ci și a celorlalte părți în procesul penal, cu atât mai mult cu cât acestea au fost parte și la procedura de luare a respectivei măsuri, fiind contrară exigențelor constituționale îngrădirea dreptului acestora de a participa la procedura contestației declarate doar de către una dintre aceste părți sau de către o altă persoană interesată. Mai mult, în mod similar normei art. 250 alin. (4) C. pr. pen., considerăm necesar a fi citate și alte persoane interesate, în funcție de tipul măsurii contestate, a bunului vizat și a drepturilor existente cu privire la acesta, dacă acestea au participat și la procedura de fond, din fața judecătorului de cameră preliminară care a dispus sechestrul.

O ultimă problemă asupra căreia dorim să ne oprim în analiza noastră se referă la imposibilitatea contestării luării măsurii asigurătorii în mod direct de către instanța de apel.

În Decizia nr. 24/2016 (par. 18-19 și 34) Curtea Constituțională a reținut: „*Curtea constată că, în cazul în care măsura a fost luată cu prilejul soluționării apelului, contestarea ei nu mai este posibilă, neexistând nicio cale de atac. (...)*”

Accesul liber la justiție consacrat de art. 21 alin. (1) din Legea fundamentală nu se referă exclusiv la acțiunea introductivă la prima instanță de judecată, ci și la sesizarea oricărui altor instanțe care, potrivit legii, au competența de a soluționa fazele ulterioare ale procesului, așadar, la exercitarea căilor de atac, deoarece apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor legitime ale persoanelor presupune, în mod logic, și posibilitatea acționării împotriva hotărârilor judecătorești considerate ca fiind nelegale sau neîntemeiate – în speță fiind vorba de încheierea de luare a măsurii asigurătorii care, potrivit art. 370 alin. (3) C. pr. pen., este tot o hotărâre judecătorească. Așa fiind, în situația în care măsura asigurătorie este dispusă de instanța competentă să soluționeze apelul, atunci inculpatul, persoana responsabilă civilmente, ori alte persoane interesate sunt lipsite de dreptul de acces la justiție, întrucât legea nu dispune de nicio cale de atac împotriva măsurii, hotărârea prin care a fost luată măsura asigurătorie în apel nemaiputând fi atacată. (...)

Până la adoptarea soluției legislative corespunzătoare, ca o consecință a prezentei decizii de admitere a excepției de neconstituționalitate, Curtea constată că instanțele judecătorești urmează să aplice în mod direct art. 21 alin. (1) și (3) și art. 129 din Constituție”.

Din nefericire, edictând norma art. 205¹ C. pr. pen., legiuitorul nostru nu a înțeles să realizeze decât o conformare parțială cu decizia Curții Constituționale, instituind doar un control jurisdicțional al încheierilor pronunțate de către judecătorul de cameră preliminară și de către prima instanță sau instanța de apel în cursul judecății, dar nu și direct prin decizia pronunțată și care este definitivă, conform art. 551 pct. 4 și art. 552 alin. (1) C. pr. pen.

Recent, Ministerul Justiției a pus în dezbatere publică un proiect de modificare a Codului penal și a Codului de procedură penală²⁹, care conține perspectiva unei completări a art. 250¹ C. pr. pen., prin introducerea unui nou alineat, alin. (4), cu următorul conținut: „În cazul în care măsura asiguratorie s-a dispus direct prin hotărârea instanței de apel, dispozițiile alin. (1)-(3) se aplică în mod corespunzător”.

Prin urmare, la acest moment, față de forța juridică obligatorie pe care o au considerentele deciziei Curții Constituționale, având în vedere și faptul că au trecut de mult cele 45 de zile de la 12 aprilie 2016, data publicării deciziei în Monitorul Oficial, instanțele au fost nevoite să facă aplicarea directă a normei constituționale, permițând exercitarea contestației și atunci când sechestrul asigurător a fost dispus chiar de către instanța de apel, odată cu decizia de soluționare a apelului, decizia Curții (prin care s-a revenit asupra practicii sale anterioare materializată prin Deciziile nr. 207 din 31 martie 2015, nr. 497 din 23 iunie 2015 și nr. 543 din 14 iulie 2015) fiind de natură a ridica dubii de neconstituționalitate și cu privire la alte norme juridice similare, vizând luarea, pentru prima dată, de către instanța de apel, prin hotărâre definitivă, a unor măsuri procesuale care aduc atingere unor drepturi fundamentale, cum este cazul, spre exemplu, al art. 206 alin. (1) C. pr. pen., privind imposibilitatea contestării încheierilor în materia măsurilor preventive pronunțate în ultimă instanță.

IV. Concluzii

Încercând să concluzionăm asupra celor de mai sus, în primul rând va trebui să constatăm gradul mai mare de complexitate pe care îl au noile proceduri penale aferente contestării măsurii asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acesteia, complexitate rezultată în principal din diferitele faze pe care procesul penal îl are în noua arhitectură procesual-penală, față de forma existentă pe durata vechiului Cod de procedură penală.

Din acest motiv, unele sincope în reglementarea acestei instituții ar putea părea scuzabile. Altele, însă, pot trăda un interes sau o preocupare scăzută pentru asigurarea coerenței unei instituții de care depinde, în cele din urmă, realizarea scopului măsurilor asigurătorii, ținând fie de acoperirea prejudiciului rezultat din infracțiune, de garantarea plății cheltuielilor judiciare, a amenziilor penale sau de garantarea efectivității măsurilor de siguranță a confiscării speciale sau a confiscării extinse.

Chiar dacă viziunea inițială a legiuitorului noului Cod de procedură penală a fost amendată prin intervenția – nici ea la adăpost de critici – a Curții Constituționale, efortul

²⁹ Disponibil la adresa de internet http://www.just.ro/wp-content/uploads/2017/04/Proiect-de-lege-decizii-CCR_19042017.pdf.

subsecvent al legiuitorului de a corecta unele dintre sincopile inițiale, deși a răspuns unor exigențe constituționale, a generat alte contradicții și inadvertențe, punând practicianul român în situația de a fi nevoit să caute remedii la nivelul normelor constituționale sau la cele europene, în materia protejării drepturilor fundamentale.

Din acest motiv, o nouă intervenție legislativă este nu doar de anticipat, dar și dezirabilă, pentru a se putea garanta efectivitatea unei instituții juridice prea ușor trecută cu vederea, dar cu prea însemnate consecințe.

Adoptarea măsurilor anti-abuz în cadrul aplicării Convențiilor de evitare a dublei impunerii

Prof. univ. dr. **Florin DUMITER***
Universitatea de Vest „Vasile Goldiș” din Arad
Facultatea de Științe Economice, Informatică și Inginerie

Abstract

Double Taxation Conventions establish the judicial relationships between the Contracting States at the European level. Thereby, mutadis mutandis, the states agree to refrain from taxation in certain situations, as well as to concede certain measures regarding the tax exemptions, for avoiding discrimination measures. Nevertheless, the Double Taxation Conventions have a design which must produce a certain impact upon national tax legislation. Moreover, the Contracting States, gain the prerogative upon the implementation method of the contractual obligations which occur throughout tax treaties. Therefore, the implementation process will depend of the individual rules of each country which governs the relationship between international law and national law. The conclusion of this article consists in revealing the compromise upon the foundation of double taxation conventions. We could not identify any specific reason for which the less perfect solutions cannot be replaced by other imperfect solutions, given that the balance interests and the logical point of view tilt to them. In our opinion, it will be always depending upon the national administrative and judicial authorities engaged in the implementation process of the contractual obligations which occur upon the double taxation conventions, either directly, throughout treaty establishment, or by the implementation of the respective national legislation.

Keywords: taxpayer, anti – abuse outlines, bilateral and multilateral tax treaties, treaty shopping, legal abuses, double taxation conventions interpretation, teleological arguments

Rezumat

Convențiile de evitare a dublei impunerii instituie relațiile juridice între statele contractante la nivelul dreptului european. Astfel, statele convin, mutadis mutandis, să se „abțină” de la impunere în anumite situații, precum și să confere măsuri privind scutirile de impozite, în scopul evitării discriminării. Cu toate acestea, convențiile de evitare a dublei impunerii au un „design” care trebuie să producă impact asupra legislației fiscale naționale. Mai mult, statele contractante dețin prerogativa asupra modului de implementare a obligațiilor contractuale care survin prin intermediul tratatelor fiscale. De aceea, implementarea va depinde de regulile individuale ale fiecărei țări care „guvernează” relația dintre dreptul internațional și legislația națională. Concluzia care se desprinde în

* fdumiter@yahoo.com

cadru acestui articol îl constituie identificarea compromisului pe care se bazează fundamentul convențiilor de evitare a dublei impunerii. Nu am putut identifica vreun motiv pentru care soluțiile mai puțin perfecte nu pot fi înlocuite de alte soluții imperfecte, în condițiile în care balanța intereselor și punctul de vedere logic înclină spre acestea. În opinia noastră, depinde, întotdeauna, de autoritățile juridice și administrative naționale implicate în implementarea obligațiilor contractuale care survin de pe urma convențiilor de evitare a dublei impunerii, fie direct, prin instituirea tratatului, fie prin instituirea implementării legislației naționale respective.

Cuvinte-cheie: contribuabil, principii anti-abuz, tratate fiscale bilaterale și multilaterale, treaty shopping, abuzuri juridice, interpretarea convențiilor de evitare a dublei impunerii, argumente teleologice

1. Introducere

Analizând literatura de specialitate din domeniul dreptului fiscal putem observa faptul că niciuna dintre autoritățile sau instanțele unui stat contractant nu sunt „legate” de interpretarea aplicată a dispozițiilor individuale ale tratatului, prin intermediul entităților respective ale celuilalt stat. Din perspectiva dreptului internațional, nu există evidențele unei obligații pentru realizarea unei „interpretări uniforme”¹, în sensul că autoritățile naționale trebuie să se conformeze, în mod strict, față de deciziile celuilalt stat contractant. Acest fapt nu semnifică, totuși, că o interpretare universală a convenției dintre două state contractante nu este recomandabilă. Din moment ce entitățile juridice și administrative ale ambelor state contractante sunt „legate” de aceleași principii de interpretare, dispozițiile convenției trebuie să fie înțelese în aceeași manieră, în ambele state². Cu toate acestea, în practică, dispozițiile convențiilor de evitare a dublei impunerii nu sunt, adesea, aplicate, de o asemenea manieră. Motivul pentru aceasta poate consta în faptul că entitățile naționale fie își asumă fapte diferite, fie acestea interpretează dispozițiile convențiilor de o manieră diferită. În acest caz, absența uniformității în cadrul aplicării convențiilor poate conduce, *mutatis mutandis*, la producerea neintenționată a dublei impunerii sau la dubla non-impunere.

O convenție de evitare a dublei impunerii este cunoscută și sub denumirea de „acord de evitare a dublei impunerii”, „tratată de evitare a dublei impunerii” sau, simplu, „tratată fiscal”. Convențiile de evitare a dublei impunerii constituie o parte a legislației naționale a statelor contractante. Acestea sunt, de asemenea, parte a dreptului internațional, fiind tratate fiscale internaționale. O convenție privind evitarea dublei impunerii fiscale internaționale constituie un veritabil *acord mutual* care este încheiat între două state, în scopul prevenirii contribuabilului unei țări sau în anumite cazuri în ambele țări, pentru a fi impozitat pentru

¹ Vogel/Prokisch, „Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen”, *Cahiers de droit fiscal international*, 78a 1993, 28 et seq; Vogel, „Über Entscheidungssharmonie”, in Klein/Stihl/Wassermeyer (eds.), *Unternehmen Steuern. Liber Amicorum Hans Flick*, 1997, 1052 et seq.

² Debatin, „Aulengungsmaximen zum Internationalen Steuerrecht”, *Außenwirtschaftsdienst* 1969, 477 et seq; Debatin, „System und Aulegung der Doppelbesteuerungsabkommen”, *Der Betrieb*, 1985, Ehibit 23, 3; Lang, *Doppelbesteuerungsabkommen und innerstaatliches Recht*, 1992, 104 et seq.

aceiași venit sau capital în ambele state. „Tratatul fiscal” este definit în cadrul *Glosarului Fiscal Internațional*³ ca fiind „un termen general utilizat pentru a desemna un acord încheiat între două sau mai multe țări în scopul evitării dublei impunerii”. Definiția merge mai departe stipulând:

În fond, există diferite tipuri de tratate fiscale dintre care cele mai cunoscute sunt tratatele de evitare a dublei impunerii privind venitul și capitalul (de obicei, cunoscute ca fiind un tratat fiscal comprehensibil privind veniturile). Asemenea tratate sunt, de asemenea, instituite pentru prevenirea evaziunii fiscale. În cadrul evitării dublei impunerii fiscale internaționale, aceste tratate oferă și cadrul distribuției dreptului de impunere dintre partenerii tratatului, care pot avea fie exclusivitate, fie să fie împărțite între partenerii tratatului. (...)

Din momentul conceperii acestora, *raison-ul d’être* al convențiilor de evitare a dublei impunerii l-a constituit evitarea dublei impunerii. Soluția la această problemă a presupus, implicit, impunerea veniturilor doar o singură dată, ceea ce a condus la dezbaterile privind prerogativa țării care va deține drepturile de impunere a veniturilor. Mai recent, convențiile de evitare a dublei impunerii s-au dezvoltat în instrumente de prevenire a evaziunii fiscale în contextul transfrontalier⁴.

În mod tipic, o convenție de evitare a dublei impunerii constituie un acord mutual instituit între guvernele a două țări, sau între mai multe țări („tratatele multilaterale”), având următoarele scopuri a fi îndeplinite:

- Evitarea dublei impunerii, care, în caz contrar, va surveni dintr-o tranzacție internațională sau vreun eveniment, în situațiile în care fiecare țară impune propriul impozit asupra aceluiași venit sau capital.
- Alocarea drepturilor de impunere dintre guvernele care sunt părțile unei convenții de evitare a dublei impunerii.
- Prevenirea evaziunii fiscale privind impunerea unor tranzacții sau evenimente internaționale.

Par. 7 al comentariului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică asupra art. 1 extinde scopul unei convenții de evitare a dublei impunerii, în sensul că o convenție de acest tip trebuie să aibă ca finalitate convergența sistemelor de impozitare la nivelul Uniunii Europene. O convenție de evitare a dublei impunerii trebuie să vizeze, în primul rând, impunerea venitului transfrontalier. Cu toate acestea, prevederile care sunt engramate în cadrul unei convenții de evitare a dublei impunerii se extind la impunerea capitalului, fapt ce se realizează prin intermediul unor „unelte” precum impozitele pe avere și impozitele pe terenuri. În plus, dar mai puțin obișnuit, se pot identifica convențiile de evitare a dublei impunerii care vizează evitarea dublei impunerii prin intermediul impozitelor asupra moștenirilor, proprietăților imobiliare și a darurilor, cum este, de exemplu, Convenția privind succesiunile și darurile (1980) încheiată între Germania și Statele Unite ale Americii, Convenția privind succesiunile și darurile (1980), Convenția dintre Franța și Marea Britanie în

³ Rogers-Glabush, J. (eds), *International Tax Glossary*, Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, 6th edition – at <http://online.ibdf.org>.

⁴ Panayi, C., *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*, Kluwer Law International, EUCOTAX Series on European Taxation, 2007, p. 15.

privința impozitelor privind proprietățile imobiliare (1963) și a convențiilor de evitare a dublei impuneri care realizează o combinație între impunerea venitului și a succesiunilor, cum este, de exemplu, Convenția Comunității Economice a Statelor Africii de Vest privind veniturile și succesiunile încheiată între statele Burkina Faso, Coasta de Fildeș, Mali, Mauritania, Niger și Senegal. Mai mult, anumite convenții de evitare a dublei impuneri vizează doar anumite categorii de venituri; spre exemplu cele care provin din transportul aerian și maritim – o convenție de acest tip fiind cea privind transportul aerian și maritim dintre Olanda și Panama din anul 1997.

Pe cale de consecință, Comitetul pentru Afaceri Fiscale a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică a sintetizat scopurile convențiilor de evitare a dublei impuneri astfel:

„Principalul scop al convențiilor de evitare a dublei impuneri este acela de a promova, prin intermediul eliminării dublei impuneri, schimburile de bunuri și servicii, precum și mișcarea liberă a capitalurilor și a persoanelor. Un alt scop al convențiilor de evitare a dublei impuneri este acela de a preveni sustragerea de la impozite și evaziunea fiscală”⁵.

Dubla impunere reprezintă, așadar, o problemă reală cu care se confruntă sistemul juridic și economic al unei țări, iar evitarea producerii acestei duble impozitări trebuie privită ca fiind o măsură de protecție asupra contribuabililor. Globalizarea a condus la interconexiunea sistemelor economice, juridice și fiscale, iar libera circulație a capitalurilor, produselor, serviciilor și a persoanelor a generat o complexitate ridicată a tuturor tranzacțiilor financiare și fiscale. Având în vedere salvagardarea contribuabilului de la evitarea unei duble impozitări, mecanismul care trebuie instituit în vederea atingerii acestui deziderat, îl constituie alocarea drepturilor de impunere între statele contractante. Această alocare se poate realiza de o manieră eficientă, sub auspiciile convențiilor de evitare a dublei impuneri. Mai mult, pe lângă obiectivul primordial al convențiilor de evitare a dublei impuneri subliniat mai sus, trebuie avut în vedere cel de al doilea scop al acestora, și anume prevenirea și combaterea evaziunii fiscale. Acest scop secund este instituit pentru a veni în sprijinul administrațiilor fiscale.

Motivul care stă la baza prevenirii și combaterii evaziunii fiscale la nivel internațional îl regăsim în așa-numitele *paradisuri fiscale*. Deși nu putem identifica o definiție tehnică și exhaustivă a acestora, putem face demarcație între țări care își finanțează cheltuielile publice în absența impozitelor pe veniturile nominale, oferind loc de „refugiu” nerezidenților care nu doresc să plătească impozite în țara de rezidență, dar și anumite țări care colectează un volum semnificativ de impozite, dar al căror sistem fiscal are trăsăturile unei competiții fiscale negative. Paradisul fiscal semnifică, *stricto sensu*, un instrument, un mecanism, prin intermediul căruia se realizează evaziunea fiscală de către acei contribuabili care se află în „căutarea” unui tratament fiscal mult mai avantajos.

2. Utilizarea improprie a convențiilor de evitare a dublei impuneri

Având în vedere faptul că soluțiile conferite prin intermediul primei convenții de evitare a dublei impuneri fiscale internaționale manifestate între solicitările competitive,

⁵ Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică asupra Art. 1, Para. 7., disponibil în format electronic în baza de date a International Bureau of Fiscal Documentation.

dar legitime ale jurisdicțiilor fiscale și alte teorii fiscale (dintre care cele mai importante sunt cele care vizează teoriile țării sursă și țării de rezidență), se pot identifica diferite debateri în contradictoriu în ceea ce privește soluțiile optime privind apărarea intereselor fiscale naționale ale diferitelor țări. În acest caz, există dezbateri *versus* armonizare fiscală în spațiul Uniunii Europene. Dacă la nivelul politicii monetare, există o convergență, la nivelul politicii fiscale există încă dificultăți întâmpinate în crearea unui spațiu fiscal viabil la nivelul Uniunii Europene. În cadrul anumitor convenții de evitare a dublei impunerii, se pune accent pe obiectivele economice a Statelor Contractante. Un exemplu concludent în acest sens îl constituie consolidarea și focalizarea asupra relațiilor comerciale dintre Statele Contractante. În cazul în care avem de a face cu convenții de evitare a dublei impunerii de acest tip, se pot regăsi unele concesiile majore privind acestea, instituite în scopul „premierii” partenerilor comerciali meritoși. Relațiile comerciale au devenit un punct forte al dezvoltării statelor în epoca contemporană. De aceea, statele sunt interesate de conferirea diferitelor avantaje comerciale, financiare, fiscale și economice către statele partenere cu care derulează tranzacții semnificative. În cadrul altor convenții de evitare a dublei impunerii, se pornește de la premisa eradicării eludării impozitelor și a evaziunii fiscale. Asemenea convenții de evitare a dublei impunerii dețin prevederi stringente anti-abuz, prevederi însoțite de concesiile limitate.

Din motivele menționate anterior, cu toate că majoritatea convențiilor de evitare a dublei impunerii fiscale internaționale au drept fundament Convenția-Model a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, acestea nu sunt identice. La o analiză atentă a acestora se pot observa divergențe semnificative, în special în ceea ce privește ratele de impunere pe baza venitului provenit din țara sursă. În mod corolar, investitorii pot prefera să fie beneficiari, sub auspiciile doar ale unei convenții de evitare a dublei impunerii. Uneori, investitorii adoptă o abordare pro-activă, iar cu ajutorul specialiștilor din domeniul planificării fiscale, își structurează afacerile de maniera în care să se situeze într-o poziție privilegiată. În cazul în care avem în vedere diverse forme de planificare fiscală, putem observa faptul că anumite tipuri dintre acestea sunt constituite de o manieră în care aplicarea acestora ar presupune o utilizare improprie a convențiilor de evitare a dublei impunerii. Companiile multinaționale care operează la nivel mondial și-au instituit diferite practici financiare și tehnici economice complexe, prin intermediul cărora să beneficieze de tot felul de avantaje fiscale, atât prin „lacunele” legislației naționale, cât și prin fructificarea diferitelor prevederi mai puțin explicite manifestate în cadrul dreptului fiscal european și internațional.

Comitetul pentru Afaceri Fiscale a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică a semnalat diferitele probleme care s-au remarcat în cadrul utilizării de o manieră improprie a convențiilor de evitare a dublei impunerii, fapt remarcat chiar din primul Comentariu asupra Convenției-Model⁶, cu toate că acest concept nu a fost instituționalizat în cadrul Modelului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică. Comentariile Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, în special cele privind interacțiunea

⁶ Comentariul OCDE din anul 1977 a Art. 1 și 10, par. 7 și 22. Afirmații susținute în Comentariile subsecvente.

convențiilor de evitare a dublei impuneri cu legislația economică internațională, interacțiunea temporală în cadrul convențiilor de evitare a dublei impuneri și interpretările convențiilor de evitare a dublei impuneri nu au înregistrat succes în ceea ce privește definirea conceptului mai sus menționat și nici a explicării inexistenței unui cadru mai adecvat. Aceste Comentarii nu explică care este modalitatea optimă de utilizare a convențiilor de evitare a dublei impuneri, mai precis, a manierei în care aceste convenții ar trebui, *de facto*, să funcționeze. Analizând prevederile engramate în cadrul acestora comentarii putem observa faptul că există puține informații referitoare la obiectivele convențiilor de evitare a dublei impuneri: „obiectivul convențiilor de evitare a dublei impuneri este de a promova, prin intermediul eliminării dublei impuneri internaționale, schimbul de bunuri și servicii, precum și mișcarea de capital și persoane; cu toate acestea, ele ar trebui să ajute la combaterea evaziunii fiscale”⁷. Dacă avem în vedere și jurisprudența și practica economică, se poate observa faptul că nu există o direcție clară în ceea ce privește modul în care aceste convenții pot să contribuie la evitarea dublei impuneri internaționale, dar și la modul în care utilizările improprie ale diferitelor convenții pot să conducă la diferite abuzuri.

Având în vedere cele menționate anterior, dacă analizăm modul în care se extrapolează conceptul de *utilizare improprie*, se pot constitui două argumente principale. În primul rând, se poate susține faptul că, în cazul în care o practică este gândită pentru a accentua evaziunea fiscală, atunci, aceasta constituie o utilizare improprie. Sub auspiciile unei asemenea interpretări, utilizarea improprie este sinonimă cu evaziunea fiscală. Acest fapt semnifică nivelul prag în ceea ce privește nivelul de inadecvare care ar fi unul ridicat, iar termenul ar conduce la surprinderea doar a unor situații clare de impozit abuziv⁸, de exemplu, structurile care presupun paradisurile fiscale sau companiile intermediare care nu dețin vreo substanță economică. Cu toate acestea, se poate susține că aplicarea improprie a convențiilor de evitare a dublei impuneri reprezintă orice utilizare care nu poate fi privită drept continuarea obiectivelor menționate în cadrul Comentariului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică privind interpretările tratatelor fiscale (în special dacă aceasta dislocă opțiunile alocative engramate în cadrul tratatului), nefiind necesară demonstrarea evaziunii fiscale sau a eludării impozitelor. Aceste interpretări ar conduce la scăderea pragului de semnificație a inadecvării. Acestea ar putea surprinde structurile de tip *treaty shopping* prin intermediul unor entități non-fictive și poate exemple de dublă non-impunere. Având în vedere aspectele mai sus menționate, putem observa faptul că, în cadrul instituirii contingenței obiecțiunilor *treaty shopping*, nu trebuie să se piardă din vedere

⁷ Comentariul OCDE din anul 2003 referitor la Art. 1, par. 7.

⁸ Conceptele de „utilizare improprie a convențiilor de evitare a dublei impuneri” și „abuzul convențiilor de evitare a dublei impuneri” sunt, adesea, interschimbabile. A se vedea, spre exemplu, definiția abuzului convențiilor de evitare a dublei impuneri din cadrul Raportului Națiunilor Unite din anul 1987, p. 3. Autorii care au utilizat mai degrabă termenul de „abuz” în detrimentul „utilizării improprie a convențiilor de evitare a dublei impuneri”: Ward, *Abuse of Tax Treaties*, 23 Intertax, 1995, pp. 176-180; Collins, *Economic Union as a Constitutional Value*, 63 NYUL Rev 43, 1988, pp. 291. „Abuzul convențiilor de evitare a dublei impuneri” este, adesea, utilizat, în detrimentul termenului de „treaty shopping”. În fond, aceeași parafrazăre a fost utilizată și pentru a descrie „abuzul convențiilor de evitare a dublei impuneri” în cadrul Raportului Națiunilor Unite. Cu toate acestea, trebuie avută mare grijă, datorită conexiunilor dintre abuzul convențiilor de evitare a dublei impuneri și doctrina generală a abuzului drepturilor regăsite în cadrul dreptului civil al țărilor în cauză.

obiectivele engramate în cadrul convențiilor de evitare a dublei impuneri, mai precis a dezideratelor acestora. Inițial, acestea au avut drept prerogativă eliminarea dublei impuneri fiscale internaționale. Aceasta a fost un obstacol major *privitor* la tranzacțiile transfrontaliere, problemă care a cauzat ineficiențe și distorsiuni economice. Eliminarea dublei impuneri trebuie să fie instituită prin intermediul instituirii alocării jurisdicționale. Cu toate acestea, conceptele mai sus amintite sunt mai maleabile și împresurate de incertitudini legislative, având un efect de conciliere și comprehensibilitate asupra convențiilor de evitare a dublei impuneri, fiind din ce în ce mai dificilă construirea unui caz teoretic coerent împotriva practicilor *treaty shopping*.

Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică deține engramate afirmații contradictorii. Astfel, pe de o parte, aduce în lumină structuri care presupun entități de bază prin trimeri explicite la Rapoartele Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică asupra companiilor de bază și a soluțiilor adoptate în acest sens⁹. Pe de altă parte, anumite structuri mai puțin artificiale sunt exemplificate ca fiind utilizate impropriu, precum practica cuprinsă în cadrul par. 9 al Comentariului asupra Art. 1 în care „o persoană (fie că este sau nu rezidentul unui Stat Contractant) acționează prin intermediul unei entități legal create, în cadrul unui stat în mod esențial pentru a obține beneficii de pe urma tratatului, beneficii care nu ar fi disponibile acele persoane în mod direct”¹⁰. Mai mult, acest ultim argument descrie așa-numita practică „*treaty shopping*”, chiar dacă termenul de „*treaty shopping*” în sine nu a apărut în cadrul Modelelor Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică.

Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică asupra Art. 1 a fost cel prin intermediul căruia s-au realizat primele dezbateri cu privire la denumirea generică a termenului de „*treaty shopping*” în cadrul dezbaterii *limitări versus beneficii*¹¹, dezbaterea vizând, de asemenea, și modul de soluționare a acestor practici de o manieră cât mai comprehensibilă¹². Analizând doctrina și jurisprudența putem observa faptul că nu există o definiție strictă, clară și comprehensibilă a termenului de *treaty shopping*. Cu toate acestea, par. 9 din Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică definește structurile de tip *treaty shopping* de o manieră generală, ca fiind acele situații în care anumite persoane care nu sunt rezidenți în niciun Stat Contractant, dar care doresc să beneficieze de prevederile unei convenții de evitare a dublei impuneri, prin intermediul unei alte entități instituite de o asemenea manieră în care s-ar califica drept rezidentă în unul dintre Statele Contractante.

⁹ Comentariul OCDE din anul 2003 asupra Art. 1, par. 11 *et seq.*

¹⁰ O convenție de evitare a dublei impuneri poate fi utilizată în mod inadecvat de modul în care o persoană care este desemnată a beneficia de anumite clauze ale convenției le fructifică; acesta este exemplul situațiilor tripartite dezbătute în cadrul capitolului 2 al acestui raport. O convenție de evitare a dublei impuneri poate fi utilizată într-un mod inadecvat, în cazul în care prevederile acesteia sunt utilizate de o manieră în care poate fi percepută a fi un abuz față de *dreptul fiscal național*.

¹¹ *Limitarea beneficiilor* și *Limitațiile beneficiilor* sunt concepte sinonime. Modelul OCDE tinde să utilizeze fostul termen, iar Modelul SUA termenul din urmă.

¹² Comentariul OCDE din anul 2003 asupra Art. 1, par. 20.

În orice caz, termenul de „treaty shopping” este construit de o manieră în care se pretează a fi extrapolat pe modelul economic și juridic din cadrul SUA. Analogia termenului de *treaty shopping* a fost extrasă de pe urma termenului de „forum shopping”, termen care descrie situația din Codul procesual civil al SUA, în care litigios încearcă a „pendula”, între jurisdicțiile în care acesta se așteaptă a-i fi prestată o decizie favorabilă¹³. Mai precis, această analogie dintre cei doi termeni dorește să evidențieze faptul că există o entitate care dorește să identifice oportunități, prin intermediul cărora să poată obține beneficii prin poziționarea favorabilă față de o situație, caz, și prin care să obțină diverse beneficii financiare și fiscale. David Rosenbloom, membru al Consiliului Fiscal Internațional în cadrul Departamentului de Trezorerie al SUA în perioada 1977-1981, a descris fenomenul drept „practica unor investitori de a «împrumuta» o convenție de evitare a dublei impuneri prin intermediul formării unei entități (de obicei a unei corporații) în cadrul unei țări care deține o convenție de evitare a dublei impuneri favorabile în cadrul țării sursă, mai precis țara în care investițiile trebuie să fie realizate și venitul în cauză trebuie câștigat”¹⁴. Cu alte cuvinte, o persoană „pendulează” altminteri unui tratat fiscal indisponibil, prin intermediul unor structuri complicate, mai precis, termenul de treaty shopping. Acest concept și-a regăsit originea la începutul anilor 1970, în urma Audierilor Congresului SUA în ceea ce privește Paradisurile Fiscale Offshore.

În cazul Modelului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, dar și a Explicației Tehnice din anul 2006 a Modelului SUA conceptul de *treaty shopping* nu a primit conotații explicite și precise. Cu toate acestea, Explicația Tehnică din cadrul Modelului SUA a generat o definiție specifică de conținut termenului de *treaty shopping*¹⁵. În cadrul acestei definiții, structura de tip treaty shopping presupune instituirea în cadrul unui Stat Contractant a unor entități legal constituite de către rezidenții unor terțe state în scopul obținerii de diferite beneficii, prin intermediul speculării unor condiții financiare și fiscale avantajoase engramate în cadrul convențiilor de evitare a dublei impuneri încheiate între SUA și diferite state ale lumii.

Explicația Tehnică din anul 1996 a Modelului SUA ilustrează că această definiție „nu cuprinde orice caz în care un terț stat rezident instituie o entitate, în cadrul unui parteneriat cu SUA, entitatea bucurându-se de beneficiile convenției față de care rezidentul terțului stat nu ar fi fost desemnat. În cazul în care, rezidentul unei terțe țări deține motive suficient de solide pentru instituirea structurii care a fost necorelată cu obținerea de beneficii de pe urma convenției, structura nu ar cădea sub definiția termenului de treaty shopping”¹⁶.

3. Aplicarea principiilor și a regulilor anti-abuz

Analizând literatura de specialitate din domeniu juridic, am putut observa faptul că există o mare controversă printre specialiștii din domeniul fiscal, în ceea ce privește modul

¹³ Becker & Wurm, *Treaty Shopping: An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries*, Kluwer, Deventer, 1988, pp. 2.

¹⁴ Rosebloom, *Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy*, Intertax 83, 1994, pp. 83.

¹⁵ Fraza „utilizarea improprie a convențiilor de evitare a dublei impuneri” nu este utilizată nicăieri în cadrul Explicației Tehnice din 2006 a Modelului SUA. Aceasta nu a fost utilizată nici în cadrul Explicației Tehnice din 1996 a Modelului SUA.

¹⁶ *Idem*.

în care autoritățile fiscale pot preveni utilizarea improprie a convențiilor de evitare a dublei impuneri. Pe de o parte, această discuție se focalizează asupra semnificației termenului de abuz și, implicit, a indezirabilității acestuia, și, pe de altă parte, asupra regulilor care împovărează autoritățile fiscale, pentru a conferi beneficii de pe urma convențiilor de evitare a dublei impuneri¹⁷.

O companie încorporată în Israel a decis să își mute sediul în Belgia. În momentul în care subsidiara acestei companii a distribuit dividende companiei mamă, care a fost, la acel moment rezidentă a Belgiei, compania a solicitat o rată de impunere la sursă redusă, sub auspiciile convenției de evitare a dublei impuneri încheiată între Belgia și Israel. Cu toate acestea, autoritățile fiscale din Israel au ignorat modificările survenite în cadrul rezidenței, susținând că înregistrarea în Belgia a fost una fictivă, aceasta fiind realizată doar de motivele evitării plății impozitelor. Sub auspiciile legislației naționale a Israelului, inspectorii fiscali dețin prerogativa de a nu lua în considerare o tranzacție, în cazurile în care aceasta este una fictivă sau artificială. În mod subsecvent, compania „s-a bucurat” de beneficiile convenției, aceasta apelând la Tribunalul Județean al Israelului. Cu toate acestea, instanța a confirmat poziția autorităților fiscale, permițându-le acestora de a contracara abuzul convenției prin neaplicarea dispozițiilor acesteia¹⁸.

Speța prezentată mai sus dorește să evidențieze faptul că în cadrul instituirii convențiilor de evitare a dublei impuneri pot exista mai multe probleme care pot apărea în momentul aplicării efective a acestora. Rezidența este un criteriu „sensibil” în ceea ce privește determinarea cadrului activității unei societăți. De aceea, modalitățile de stabilire a acestora sunt din ce în ce mai complexe. În speța prezentată mai sus, datorită faptului că stabilirea „rezidenței” s-a dovedit a ridica multe semne de întrebare, aplicarea convenției de evitare a dublei impuneri nu s-a realizat, datorită abuzului ce a intervenit prin stabilirea unei rezidențe fictive, fapt datorat dorinței de eludare a impozitelor sau a plății unor impozite reduse ca volum.

În marea majoritate a țărilor, prin intermediul adoptării unor practici abuzive, nu se pot obține rezultate privind eludarea plății impozitelor, și nici reducerea volumului și anvergurii acestora. Există în practică diferite probleme, prin intermediul cărora se pot genera diferite abuzuri: nepracticarea unui număr de impozite, lipsa prevederilor legale care să permită schimbul de informații cu alte autorități fiscale, lipsa de transparență a sistemului fiscal, lipsa prevederilor cu privire la volumul activității care trebuie desfășurate. În mod frecvent, un abuz poate surveni în cazul în care un aranjament sau o tranzacție este artificială sau neobișnuită sau care a fost instituită pentru conferirea unui beneficiu fiscal.

Instanțele unor țări aplică principiul *substanței asupra formei* în detrimentul formei legale a unei tranzacții și spre favorizarea substanței economice reale a acesteia (cum este cazul SUA). În cadrul unui considerabil număr de țări – cum ar fi: Austria, Franța, Germania, Olanda, Spania, Suedia și Elveția – există prevederi în vederea interzicerii instituirii unor abuzuri juridice (*fraus legis*) de către dreptul civil al țărilor respective. Mai mult, în unele

¹⁷ Lang, M., *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 2nd ed., Linde Verlag & International Bureau of Fiscal Documentation, 2013, p. 64.

¹⁸ IL, DC 30 Dec. 2007, Yanko – Weiss Holdings [1996] Ltd. V. Assessing Officer of Holon, 5663/07.

țări precum Australia, Canada și Africa de Sud s-a instituit reguli generale anti-eludare a plății impozitelor care permit recharacterizarea unor tranzacții destinate a „înșela” legislația fiscală, în scopul obținerii unor beneficii fiscale.

În opinia noastră, prevederile legislative anti-abuz nu se aplică pentru a stopa beneficiile convențiilor de evitare a dublei impuneri. Tratatul fiscal este instituit în special pentru a crea un spațiu fiscal internațional, în care sistemele fiscale să fie interconectate și prin intermediul cărora să se creeze o echitate fiscală, atât pe orizontală, cât și pe verticală. Cu toate acestea, prevederile anti-abuz sunt instituite tocmai pentru a proteja interesele atât a contribuabililor, cât și a autorităților fiscale privind practicile și tehnicile în care prin intermediul unor tranzacții fictive să se poată genera diverse beneficii care se materializează în scutiri, reduceri și deduceri de impozite. Convențiile de evitare a dublei impuneri și legislațiile naționale sunt, sub auspiciile problemelor de interpretare, sisteme juridice distincte. În cazurile în care se aplică reguli anti-abuz, pentru a extinde baza de impunere, se poate remarca, totuși, o protecție din partea convențiilor de evitare a dublei impuneri. Convențiile de evitare a dublei impuneri stabilesc situațiile și anvergura în care este redus, eliminat sau menținut dreptul intern de impunere. Acest mecanism și-ar pierde funcționalitatea, în cazul în care ar trebui interpretat legat de regulile interne anti-abuz. În mod subsecvent, regulile interne anti-abuz pot să nu fie aplicate, în ceea ce privește convențiile de evitare a dublei impuneri.

Această concluzie este susținută de consecințele care ar surveni în cazul în care aceste reguli s-ar aplica față de convențiile de evitare a dublei impuneri. În cazurile în care autoritățile fiscale ale fiecărui stat contractant au interpretat o dispoziție a unei convenții de evitare a dublei impuneri în „lumina” propriilor reguli naționale anti-abuz, acest fapt ar conduce la două interpretări diferite ale dispoziției, deoarece, regulile anti-abuz diferă de la țară la țară. Acest fapt nu este în concordanță cu obiectivele și scopurile unei convenții de evitare a dublei impuneri. Cu toate acestea, în plus față de argumentele sistematice oferite mai sus, *argumentele teleologice* se opun aplicării regulilor naționale anti-abuz, în cadrul convențiilor de evitare a dublei impuneri.

Speța prezentată în paragraful următor dorește să evidențieze faptul că există societăți care, prin intermediul unor inginerii financiare, economice, tehnice și juridice doresc să se „poziționeze” cât mai favorabil, în ceea ce privește plata impozitelor. Mai mult, se poate observa faptul că anumite convenții bilaterale de evitare a dublei impuneri fiscale internaționale conțin încă „lacune” în ceea ce privește instituirea anumitor practici și tehnici, datorită complexității tranzacțiilor generate de fenomenul globalizării. De aceea, trebuie o atenție sporită din partea tuturor „actorilor” implicați în cadrul unor tranzacții complexe, în vederea eliminării disputelor și reducerii cât mai mult a abuzurilor și a tehnicilor de eludare a plății impozitelor.

Un contribuabil care a fost o companie rezidentă în Olanda posedă acțiuni deținute de către un individ rezident în Belgia. Individul a deținut acțiuni în cadrul unei a doua companii, C NV, care a fost, de asemenea, rezidentă, în Olanda. În cazul în care s-ar institui distribuirea dividendelor către individ, rata de impunere la sursă din Olanda ar fi de 25%. Această rată ar fi redusă la 15%, sub auspiciile Convenției de evitare a dublei impuneri instituită între Belgia și Olanda. În schimb, individul a vândut în numerar acțiunile contribuabilului

către C NV și pentru aserțiunea că C NV deține o datorie deținută de către individ față de contribuabil. Contribuabilul a distribuit, în mod subsecvent, dividendele către C NV. Rata de impunere la sursă din Olanda nu s-a aplicat în acest caz, deoarece ambele companii au fost rezidentele Olandei. C NV și-a plătit datoria față de contribuabil. Autoritățile fiscale au fost de părere că vânzarea acțiunilor în combinație cu distribuirea dividendelor și plata datoriei au fost instituite într-un mod în care să conducă la evitarea plății impozitelor pe dividende din Olanda. Acestea și-au fundamentat aserțiunea pe baza doctrinei legii abuzului, pentru a recaracteriza distribuirea dividendelor față de C NV drept o distribuire de dividende față de un rezident din Belgia și a obligat la plata unei rate de impunere la sursă de 15%, pe baza acestei distribuții. Cu toate acestea, Curtea Supremă a Olandei a permis contribuabilului de a face apel. Aceasta a înștiințat faptul că Art. 10 al Convenției de evitare a dublei impuneri încheiată între Belgia și Olanda permite Olandei să instituie o rată de impunere a dividendelor distribuite unei companii olandeze față de un rezident belgian. Cu toate acestea, nu a existat nicio prevedere în cadrul convenției de evitare a dublei impuneri care să permită distribuirea unui dividend de către un rezident olandez către alt rezident olandez, pentru a fi recaracterizat drept o distribuire a dividendului unui rezident olandez față de un rezident belgian. De aceea, Art. 10 al Convenției de evitare a dublei impuneri încheiată între Belgia și Olanda nu a permis dividendelor de a fi impozitate, deși acestea au fost plătite către un rezident belgian¹⁹.

Convențiile de evitare a dublei impuneri constituie o parte a legislației naționale a statelor contractante. Acestea sunt, de asemenea, parte a dreptului internațional, fiind tratate fiscale internaționale. Diferiți specialiști din mediul academic au încercat să determine modul în care negarea beneficiilor convențiilor de evitare a dublei impuneri în cadrul „cazurilor abuzive” pot să fie susținute de către principiile de drept internațional. Vogel a susținut că dreptul internațional conține o interdicție împotriva abuzului față de lege²⁰. Mai precis, principiul bunei-credințe în cadrul relațiilor dintre state previne un stat contractant de la interpretarea injustă a legii în favoarea acestuia. În plus, marea majoritate a statelor lumii recunosc posibilitatea luării în considerare a „substanței”, și mai puțin a „formei”, în cazul în care rezultatul ar fi contrar principiilor de justiție. Principiul bunei-credințe este unul care conduce la o bună colaborare între state și pe care cetățenii unei țări se pot baza. De aceea, beneficiile convențiilor de evitare a dublei impuneri pot să fie negate în cadrul unor cazuri abuzive.

Multe dintre sistemele legislative naționale interzic, sub diferite forme, abuzul față de lege. Acestea se bazează, în mod obișnuit, pe anumite reguli specifice anti-abuz, din care nu poate fi extrasă, cu toate acestea, o interdicție generală împotriva abuzului față de lege. Considerațiunile politicilor care au drept fundament aceste reguli specifice anti-abuz sunt, fără echivoc, subordonate dreptului internațional și, în special, tratatelor fiscale internaționale. De aceea, în scopul restricționării tratatelor fiscale internaționale, regulile specifice anti-abuz trebuie să se situeze cel puțin la același nivel cu tratatele fiscale internaționale.

În cazul în care se poate identifica un principiu general încălcat de către un abuz față de lege, în cadrul unui sistem legislativ național, nu se poate restricționa, *mutadis mutandis*, și

¹⁹ NL, HR 6 Dec. 2002, Case 36.773.

²⁰ Reimer & Rust, *Double Taxation Convention*, 4th ed., Vol. 1, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 376.

tratatele fiscale internaționale. Principiile generale ale dreptului sunt norme de drept internațional asupra subiecților de drept internațional. Conform unor specialiști în domeniul școlii dreptului internațional, ființele umane nu sunt subiecte de drept internațional. De aceea, un principiu general al legii susține faptul că legea nu poate conecta subiecții impunerii²¹. Cu toate acestea, dreptul internațional nu conferă o bază legală pentru aplicarea regulilor interne anti-abuz, în contextul convențiilor de evitare a dublei impuneri.

4. Prevederi anti-abuz

Comentariul realizat de către Comitetul pentru Afaceri Fiscale a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică este utilizat, în anumite cazuri, drept o bază legală pentru negarea beneficiilor convențiilor de evitare a dublei impuneri în cazurile de abuz. În cazul interpretării unei anumite convenții de evitare a dublei impuneri, referințele sunt făcute, în general, versiunii Comentariului existent la acel moment al încheierii convenției de evitare a dublei impuneri. Cu toate acestea, Comentariul asupra Convenției-Model din anul 1963 nu a conținut dispoziții privind abuzurile. De aceea, în opinia noastră, beneficiile convențiilor de evitare a dublei impuneri, sub auspiciile convențiilor patentate după Convenția-Model a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică din anul 1963, nu pot fi negate prin intermediul descrierii unei anumite situații ca fiind un abuz.

În anul 1977, anul în care s-a completat Comentariul de către Comitetul pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, s-a susținut că extinderea rețelei de convenții de evitare a dublei impuneri a reintrodus impactul abuzului, deoarece convențiile de evitare a dublei impuneri conferă persoanelor, prin intermediul creării unor mecanisme legale artificiale, beneficii, atât prin prisma avantajelor disponibile sub auspiciile anumitor legi naționale, cât și sub forma scutirilor de impozite survenite de pe urma convențiilor de evitare a dublei impuneri. Având în vedere considerațiunile menționate anterior, Comitetul pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică a conchis în Comentariul asupra Art. 1: „ar putea fi adecvat pentru Statele Contractante să convină în cadrul negocierilor bilaterale, că orice scutire de impozite nu ar trebui aplicată în anumite cazuri, sau să convină că aplicarea dispozițiilor legislațiilor naționale împotriva evaziunii fiscale nu trebuie influențate de către Convenție”.

În mod subsecvent, beneficiile convențiilor de evitare a dublei impuneri nu pot fi negate în acele cazuri care califică o utilizare improprie a convenției, în cazurile în care părțile nu au căzut de comun acord în timpul negocierilor. Abuzurile în cadrul convențiilor de evitare a dublei impuneri pot fi soluționate prin intermediul regulilor specifice engramate în cadrul acestor convenții. De aceea, sub auspiciile convențiilor de evitare a dublei impuneri patentate prin intermediul Modelului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică din anul 1977 care nu conțin reguli care deviază de la Modelul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică, beneficiile convențiilor nu pot fi negate, prin intermediul

²¹ Gassner/Lang, Double Non-Taxation of a Belgian Tax Law Professor Lecturing in Vienna; in: Vanistendael (ed.), *Liber amicorum honouring Luc Hinnekens*, 2002, Brussels: Bruylant Bruxelles, p. 219 et seq.

trimiterilor la Comentariul realizat de către Comitetul pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică.

În anul 1992, Comitetul pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică a completat Comentariul. Afirmatia mai sus amintită a fost încorporată. Cu toate acestea, mai multe considerații au fost introduse în ceea ce privește modalitatea optimă în care legislația națională a statelor contractante trebuie să fie aplicată la nivelul drepturilor de impunere, și dacă pot surveni anumite refuzuri pentru instituirea unor beneficii rezultate de pe urma unei convenții de evitare a dublei impunerii: „marea majoritate a țărilor membre ale Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică consideră că asemenea măsuri sunt parte a regulilor naționale fundamentale instituite de către legile fiscale naționale, pentru determinarea a căror fapte conduc la responsabilizarea impozitelor. Aceste reguli nu sunt dezbătute în cadrul tratatelor fiscale și de aceea nu sunt influențate de către acestea”²².

Regulile naționale anti-abuz pot, de aceea, să fie aplicate la nivelul tratatelor fiscale internaționale, conform opiniei majorității membrilor Comitetului pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică. Comentariul asupra Art. 1 a conferit, de asemenea, o opinie contrară: „o viziune distonantă, pe de altă parte, susține că asemenea reguli sunt subiectul prevederilor generale ale tratatelor fiscale împotriva dublei impunerii, în special, în cazul în care tratatul în sine conține dispoziții care contrariază utilizarea improprie a acestuia”.

Comitetul pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică a menționat, de asemenea, motivele care stau la baza diferitelor opinii: „problema principală se pare a fi dacă sau nu principiile precum prevalența substanței asupra formei sunt inerente în cadrul dispozițiilor tratatelor fiscale, mai precis, dacă acestea pot să fie aplicate în orice caz, sau doar ca urmare a celor menționate expres în cadrul convențiilor bilaterale”. Opinia minoritară este instituită de maniera următoare: „pentru a conferi prevalență regulilor naționale asupra regulilor tratatelor, în scopul instituirii acestor tratate, este persoana care este privită drept destinatarul venitului realizat de către o companie și care erodează protecția contribuabililor împotriva dublei impunerii (de exemplu, prin aplicarea acestor reguli, baza venitului unei companii este impozitat în țara acționarilor, chiar și în cazul în care nu există instituit în acea țară un domiciliu stabil). Cu toate acestea, opinia mării majorități a specialiștilor este că aceste reguli, și principiile pe baza cărora sunt fundamentate, nu trebuie să fie confirmate în cadrul textului convenției pentru a fi aplicabilă.” Având în vedere aceste ipoteze menționate anterior, putem observa că nu pot fi extrase concluzii evidente în cadrul interpretării diferitelor convenții de evitare a dublei impunerii, patentate după Convenția-Model din anul 1992: în mod evident, există opinii divergente și în rândul membrilor Comitetului pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică. Mai mult, beneficiile tratatelor fiscale nu pot fi negate dacă se are în vedere Convenția-Model a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică din anul 1992.

²² Wurm, Treaty shopping in the 1992 OECD Model Convention, *Intertax*, 1992, p. 658 *et seq.*

Din momentul completării din anul 2003, Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică nu mai conține opinii divergente referitoare la aspectele mai sus menționate. În acest caz, a fost instituit în mod explicit că: „un alt obiectiv al convențiilor fiscale este de a preveni eludarea impozitelor și evaziunea fiscală”²³. Țările membre ale Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică urmăresc două abordări diferite în ceea ce privește abuzul convențiilor de evitare a dublei impunerii: multe dintre țări încadrează abuzul convențiilor drept un abuz al legislațiilor naționale, deoarece, în ultimă instanță, o prevedere națională este cea care creează o responsabilitate fiscală. Alte state privesc abuzul convențiilor fiscale drept un abuz al însăși convenției de evitare a dublei impunerii. Sub auspiciile ambelor abordări, Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică susține că o țară nu trebuie să confere beneficii unei convenții de evitare a dublei impunerii, în condițiile în care au fost instituite aranjamente abuzive. Cu toate acestea, această poziție nu are relevanță pentru interpretarea convențiilor de evitare a dublei impunerii încheiate înainte de anul 2003. Chiar și pentru unele convenții de evitare a dublei impunerii încheiate mult mai recent, valoarea acestor comentarii este una limitată, din moment ce frazarea Modelului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică nu a fost modificată din anul 2003.

În mod concludiv, în cadrul tratatelor fiscale nu pot fi aplicate nici principiile de abuz naționale, și nici cele internaționale. Cu toate acestea, Comentariul Comitetului pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică nu poate fi utilizat în scopul negării beneficiilor convențiilor de evitare a dublei impunerii. De aceea, relevanța circumvenției în cadrul dreptului fiscal este, exclusiv, o problemă de interpretare. Beneficiile convențiilor de evitare a dublei impunerii pot, de aceea, să fie negate doar în cazul în care interpretarea survenită în cadrul aplicării tratatelor fiscale conferă această prerogativă.

O companie rezidentă în Marea Britanie care deține acțiuni în cadrul unei companii private din Austria și-a transferat aceste acțiuni în portofoliul unei companii cu răspundere limitată olandeză. Sub auspiciile dreptului intern austriac, dividendele fac obiectul unui rate de reținere la sursă de 25%. Cu toate acestea, sub auspiciile Convenției de evitare a dublei impunerii încheiată între Austria și Olanda, această rată a fost redusă la 0%. Autoritățile fiscale au fost de părere că scopul singular al transferului de acțiuni a fost solicitarea de beneficii sub auspiciile Convenției de evitare a dublei impunerii încheiată între Austria și Olanda, și au respins solicitarea companiei olandeze de a obține o refinanțare pe baza prevederilor anti-abuz din Austria instituite în cadrul Secțiunii 22 a Codului Fiscal Federal Austriac (BAO). În cadrul Secțiunii 22, obligația fiscală nu poate fi circumvenită prin intermediul utilizării unor structuri de impozite abuzive și, în mod subsecvent, impozitul va fi constituit având drept fundament juridic, baza legală care se potrivește cel mai bine tranzacției respective. Autoritățile fiscale susțin, de asemenea, faptul că această prevedere națională anti-abuz aplicată în contextul convențiilor de evitare a dublei impunerii și având conexiune cu Raportul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică intitulat „Eludarea Impozitelor și Evaziunea Fiscală Internațională” vine să susțină acest argument.

²³ Comentariul OCDE asupra Art. 1.

Cu toate acestea, Curtea Supremă Administrativă a Austriei (VwGH) a respins această decizie, deoarece autoritățile fiscale nu au oferit exemple de iregularități a tranzacției, precum și datorită faptului că contribuabilului nu i-a fost acordată vreo oportunitate de a explica dacă au existat motive economice pentru acest transfer. Curtea Supremă Administrativă a Austriei (VwGH) a retrimis cazul la Curtea de Apel a autorității financiare regionale pentru a determina dacă tranzacția a avut sens din punct de vedere economic, dincolo de scutirea de impozit. Cu toate acestea, a rămas neelucidată, răspunsul la întrebarea: O prevedere anti-abuz națională se aplică în situațiile în care se aplică o convenție de evitare a dublei impuneri? Mai mult, instanța a susținut că autoritățile trebuie să urmeze principiile atribuirii venitului, în scopul determinării proprietarului de drept la venitul provenit de pe urma dividendelor²⁴.

În cadrul Comentariului asupra Art. 1, Comitetul pentru Afaceri Fiscale al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică sugerează faptul că țările membre ale acesteia pot include *dispoziții speciale anti-abuz*, în cadrul convențiilor bilaterale de evitare a dublei impuneri. Cu toate acestea, Comitetul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică afirmă, de asemenea, că astfel de dispoziții anti-abuz „trebuie să fie însoțite de dispoziții specifice în vederea asigurării că beneficiile convenției vor fi garantate în cazurile *bona fide*”.

Sub auspiciile acestor dispoziții, se poate identifica o *dispoziție a activității* care neagă aplicarea dispozițiilor speciale anti-abuz „în cazul în care o companie se angajează în operațiuni de afaceri substanțiale în cadrul Statului Contractant al cărui rezident este, precum și scutirea impunerii solicitate de către celălalt Stat Contractant să fie în conformitate cu venitul care este conectat cu aceste operațiuni”. Mai mult, Comitetul a propus o *dispoziție privind volumul de impozite*, mai precis dispoziții speciale anti-abuz care să nu se aplice „în condițiile în care reducerea de impozit care este solicitată nu este mai mare decât impozitul real impus de către Statul Contractant al cărui rezident este compania respectivă”.

În plus, Comentariul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică asupra Art. 1 conține o *dispoziție privind schimbul de acțiuni*. Prin aceasta este sugerat faptul că țările membre ale Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică includ o reglementare în cadrul convențiilor de evitare a dublei impuneri în care dispozițiile speciale anti-abuz „nu se vor aplica unei companii care este rezidenta unui Stat Contractant în cazurile în care părțile principale ale acțiunilor acestora sunt înregistrate de un schimb de acțiuni aprobat în cadrul unui Stat Contractant sau în cazul în care o asemenea companie este pe deplin deținută, direct sau prin intermediul uneia sau mai multor companii, fiecare dintre acestea fiind rezidenta celui de mai sus menționat Stat, de către o companie care este rezidentă a primului Stat menționat, iar clasa principală de acțiuni este astfel înregistrată”.

O altă regulă propusă este cunoscută ca fiind *dispoziția scutirii alternative*, care are următoarea formă: „în cazurile în care o clauză anti-abuz se referă la non-rezidenții unui Stat Contractant, trebuie menționat faptul că acel termen nu trebuie să includă rezidenții unui Stat terț care dețin instituite convenții fiscale privind veniturile cu Statul Contractant, de pe urma căruia scutirea de la impunere este solicitată, precum și faptul că asemenea

²⁴ AT, VwGH 10 Dec. 1997, 93/13/0185.

convenții conferă o scutire de la impunere, dar nu mai puțin de scutirea impunerii solicitate sub auspiciile Convenției.”

Comentariul sugerează, de asemenea, o *prevedere generală bona fide*. Conform acestei dispoziții, regulile speciale anti-abuz nu se vor aplica „în cazul în care compania instituie ca principalul scop al companiei, conducerea afacerii acesteia, achiziția și mentenanța de către acționarii acesteia, sau a altor proprietari de pe urma căruia este obținut venitul în cauză, sunt motivate de motive de afaceri solide și nu dețin drept obiectiv primordial obținerea oricăror beneficii sub auspiciile acestei Convenții.”

5. Vânzarea unor proprietăți imobiliare olandeze de către o companie nerezidentă. Încălcarea abuzivă a tratatului fiscal prin intermediul deturnării scutirii de la impunere a profiturilor²⁵

În cadrul acestei secțiuni, considerăm importantă prezentarea unei decizii a Curții Supreme din Olanda (*Hoge Raad, HR*), și anume 11/05599 din data de 22 martie 2013. Această speță vizează o companie olandeză ce pretinde a fi rezidentă în Luxemburg, conform prevederilor Convenției de evitare a dublei impunerii încheiată între Olanda și Luxemburg²⁶. Compania dispune de două proprietăți imobiliare în 1998 și 1999 și își formează o rezervă de reinvestire în ambele cazuri. Ca urmare a cesiunii din 1999, contribuabilul nu mai deține niciun alt activ de afaceri situat în Olanda. În anul 2001, intenția contribuabilului de a investi a expirat și, în consecință, amânarea impozitelor prin intermediul instituirii unei rezerve de reinvestire este recapturată în 2001. Problema care se pune în acest caz este dacă Olandei îi este încă permisă aplicarea acestei reguli de recapturare prin recurgerea la prevederile Convenției de evitare a dublei impunerii dintre Olanda și Luxemburg.

Datele speței mai sus amintite sunt următoarele. Contribuabilul AB este incorporabil sub auspiciile legislației din Olanda și are presupusa locație a managementului efectiv al afacerii în Luxemburg, începând din anul 1995. Contribuabilul AB deține două proprietăți imobiliare care sunt situate în Olanda. În anul 1998 și 1999, contribuabilul AB cedează ambele proprietăți imobiliare unei terțe părți irelevante contra unor sume de bani ce depășesc valoare de piață a proprietăților imobiliare. Ca urmare a cedării celor două proprietăți imobiliare, contribuabilul primește o sumă de bani de 1.363.230 NLG (guldeni olandezi) sub forma unei rezerve de reinvestire; drept consecință se amână impozitarea provenită din beneficiile de capitaluri pe baza cesiunii activelor imobiliare. Ca urmare a cesiunii din anul 1999, contribuabilul nu deține alte active comerciale care să fie localizate în Olanda. În anul 2001, contribuabilul AB nu mai deține intenția de a reinvesti în noi proprietăți imobiliare.

Inspectorul fiscal din Olanda a solicitat o reevaluare pentru anul fiscal 2001 și a aplicat regula de recapturare. Ca urmare, rezerva de reinvestire a fost readăugată profiturilor

²⁵ NL: HR, 22 Mar. 2013, 11/05599, publicat în, *inter alia*, *Beslissingen in belastingzaken*, Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 2013/114.

²⁶ *Convenția dintre Marele Ducat al Luxemburgului și Regatul Olandei în ceea ce privește evitarea dublei impunerii și prevenirea evaziunii fiscale referitor la impozitele pe venit și capital, 8 mai 1968, care a intrat în vigoare la data de 20 octombrie 1969, Tratatul IBFD.*

impozabile ale contribuabilului AB în anul 2001. În acest caz, se pun în discuție două problematice: (i) în care an beneficiile impozabile trebuiesc semnalate sub auspiciile legislației fiscale din Olanda, și dacă reevaluările sunt permise sub auspiciile legislației fiscale a Olandei, (ii) dacă Olandei îi este permisă impozitarea acestor beneficii în cadrul anului respectiv, sub auspiciile Convenției de evitare a dublei impuneri încheiată între Olanda și Luxemburg.

Curtea Internațională de la Haga²⁷ a considerat „deschisă” problematica rezidenței contribuabilului și a decis că trebuie să se aplice în anul 1999 prevederile fiscale de exonerare ale legislației olandeze. Având la bază principiul continuității echilibrului, Curtea a decis faptul că această eroare poate fi reparată în anul 2001. Curtea a decis că acest fapt nu constituie o încălcare a tratatului fiscal. Motivul care stă la baza acestei decizii rezidă în faptul că miza profiturilor *legate* de vânzarea activelor imobiliare situate în Olanda pot să fie impozitate în Olanda, având ca fundament art. 6 alin. (1) al Convenției de evitare a dublei impuneri încheiată între Olanda și Luxemburg.

Avocatul General Wattel a ajuns la concluzii diferite²⁸. Acesta a susținut că regula de scutire a impozitului olandez trebuia, într-adevăr, să se aplice în anul 1999, dar apoi a considerat că această eroare nu poate fi reparată prin intermediul principiului continuității echilibrului. Acest fapt se datorează situației în care principiul poate fi aplicat doar în cadrul reevaluării inițiale a primului an, și nu în cadrul reevaluării finale anuale. Chiar și în cazurile în care acest principiu ar fi putut fi aplicat, Avocatul General Wattel a susținut că o asemenea situație ar constitui o încălcare interzisă a tratatului fiscal. Acest fapt se datorează situației în care, începând din anul 1999, nu există vreun *nexus* cu teritoriul olandez.

Decizia Curții Supreme a deviat de la Înalta Curte și opinia Avocatului General Wattel, putându-se remarca, astfel, o terță poziție²⁹. Curtea Supremă a decis că norma fiscală de ieșire olandeză nu a fost aplicabilă în anul 1999, din moment ce nu se poate susține că contribuabilul a cesionat activele în scopul obținerii de profituri ale întreprinderii care sunt supuse impozitării în Olanda, după cesionarea activelor imobiliare olandeze. Cu toate acestea, nu a fost datorat impozit pe profitul întreprinderii în anul 1999. Din moment ce contribuabilul nu a deținut intenția de a reinvesti în anul 2001, recapturarea scutirii conferită de regula de reinvestire a rezervei a fost posibilă având drept fundament legislația fiscală națională. Curtea Supremă a decis că această recapturare nu a constituit o încălcare a tratatului fiscal. Acest fapt se datorează situației în care Convenția de evitare a dublei impuneri încheiată între Olanda și Luxemburg nu împiedică impozitarea câștigurilor de pe urma capitalurilor în cadrul unui an ulterior, decât cel în care proprietățile imobiliare au fost, *de facto*, vândute.

6. Concluzii și considerații finale

În cadrul acestei lucrări, am putut observa faptul că dubla impunere poate fi o constrângere enormă în ceea ce privește investițiile transfrontaliere. Această aserțiune a fost

²⁷ NL: Curtea Internațională de la Haga, 15 noiembrie 2011, 10/0343.

²⁸ NL: Opiniile Avocatului General Wattel, 13 iulie 2012.

²⁹ 11/05599, 22 martie 2013.

recunoscută și de către comunitatea internațională, efectuându-se diferite încercări de reducere a dimensiunii și anvergurii efectelor acesteia.

Soluționarea problemelor generate de diferitele abuzuri poate fi realizată prin includerea unor dispoziții specifice în cadrul convențiilor de evitare a dublei impunerii. Punctul de plecare al acestor soluții îl constituie instituirea și dezvoltarea unui *consens multilateral* care să recunoască problemele implicate, dezirabilitatea soluționării acestora și abordarea acceptului asupra modalității în care situațiile de abuz trebuie soluționate.

Speța prezentată la pct. 5 ridică o serie de problematici referitoare la abordarea bazată pe teritorialitate și dacă aceasta ar trebui aplicată sub auspiciile art. 7. Acest fapt ar însemna că fiecare stat contractant, fie că este cel de rezidență, fie că este statul sursă, ar fi îndreptățit să supună la impunere câștigurile realizate și nerealizate în măsura în care aceste câștiguri au fost majorate pe teritoriul acestora, fără a ține seama de rezidența contribuabilului, din momentul în care venitul este efectiv plătit. Analizând jurisprudența străină, am putut observa faptul că anumite spețe recente ale Curții Federale de Finanțe a Germaniei și Curtea Supremă din Olanda au adoptat soluții asemănătoare în această privință.

Comunitatea Europeană reprezintă o oportunitate unică de explorare a acestor problematici. Acest fapt se datorează modului de construcție a Comunității, aceasta conținând elemente care se asimilează atât unei federații, cât și unei organizații interguvernamentale. De aceea, artizanii politicii fiscale de la nivelul european pot încerca să soluționeze problema dublei impunerii, prin intermediul instituirii unei „rute” a convențiilor de evitare a dublei impunerii instituite la nivel internațional și interguvernamental. În realizarea acestui deziderat, aceștia trebuie să aibă în vedere diferitele aspecte enunțate mai sus. În mod alternativ, artizanii politicii fiscale de la nivel european pot analiza și examina modul în care este abordată problema dublei impunerii în cadrul unei federații de state independente, așa cum este Statele Unite ale Americii.

Secțiunea de Drept privat

Unele aspecte privind prejudiciul prin ricoșeu în teorie și practica judiciară

Prof. univ. dr. **Radu I. MOTICA***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Drd. **George MARA****
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

This paper addresses the issue of damage caused to the indirect victims of an illicit action, who are entitled to compensation for the pecuniary and non economic loss thus suffered. There are different consequences depending on whether or not the direct victim survived the illicit act. Even in the absence of legal criteria, it is possible to establish the extent of monetary compensation for this type of prejudice.

Keywords: *Indirect victim, injury, ricochet, moral suffering, compensation*

Rezumat

Această lucrare abordează problema daunelor cauzate victimelor indirecte ale unei acțiuni ilicite, care au dreptul la despăgubiri pentru pierderile pecuniare și nepatrimoniale suferite. Există diferite consecințe în funcție de faptul dacă victima directă a supraviețuit sau nu actului ilicit. Chiar și în absența unor criterii legale, este posibil să se stabilească amploarea compensației bănești pentru acest tip de prejudicii.

Cuvinte-cheie: *victimă indirectă, prejudiciu, ricoșeu, suferință morală, compensație*

Săvârșirea unei fapte ilicite, așadar nerespectarea unei norme juridice menită să ocrotească o valoare juridică recunoscută ca atare de legea civilă, cauzează, de regulă, o urmare negativă. Această consecință nefastă a fost denumită prejudiciu, adică un rezultat socialmente dăunător reprezentat de alterarea ordinii de drept și a raporturilor sociale ocrotite de aceasta, ce atrage obligația celui vinovat de a restabili situația anterioară, în măsura în care este posibil, ori de a compensa în alt mod dauna produsă¹.

Privit din această perspectivă, a necesității ocrotirii drepturilor și libertăților ce formează arhitectura valorilor juridice recunoscute de ansamblul corpului social, rezultatul

* radu.motica@e-uvt.ro

** george.mara86@e-uvt.ro.

¹ R.I. Motica, G.C. Mihai, *Fundamentele dreptului. Optima justita*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 156.

dăunător este un element central și fără de care nu poate fi antrenată răspunderea juridică civilă, respectiv acel raport obligațional în temeiul căruia o persoană este datorare să repare prejudiciul cauzat alteia prin fapta sa ori a celui pentru care este răspunzătoare în condițiile legii².

Concepția modernă relevată de doctrină cu privire la natura și formele răspunderii civile are în vedere teoria intermediară conform căreia, ca instituție a dreptului privat, răspunderea civilă este unică, dar împărțită în două mari ramuri, respectiv răspunderea civilă delictuală, al cărei regim juridic este considerat a fi dreptul comun în materie, și respectiv răspunderea civilă contractuală, ce are un regim derogatoriu, special (generat de necesara existență prealabilă a unei înțelegeri, a unui contract, între subiecții de drept civil și a cărui nerespectare atrage urmări specifice)³.

1. Prejudiciul prin ricoșeu – element al răspunderii civile delictuale

Cartea a V-a, Titlul II, Capitolul IV, articolele 1349-1395 din Codul Civil cuprind dispozițiile ce reglementează atât regimul juridic al răspunderii juridice delictuale (născută ca urmare a unei fapte ilicite comisă în afara derulării unui raport juridic contractual), cât și formele acesteia (răspunderea pentru fapta proprie, precum și ipotezele de răspundere pentru fapta altei persoane), dar și modalitatea de reparare a prejudiciilor cauzate.

Prejudiciul este consecința negativă, sub raport material ori moral, a faptei ilicite, iar rolul central pe care îl are pentru antrenarea răspunderii civile delictuale este reliefat inclusiv de reglementarea alin. (2) al art. 1349 și, respectiv, a art. 1357 C. civ., ce impun, pentru existența acestei răspunderi, dovedirea unui prejudiciu injust cauzat unei persoane și respectiv necesitatea reparării acestuia.

Multitudinea și diversitatea faptelor ilicite a condus la o clasificare corespunzător de diversă a prejudiciilor, în funcție de mai multe criterii⁴:

a) în funcție de valoarea socială lezată, prejudiciile pot fi patrimoniale (evaluabile pecuniar) sau nepatrimoniale (ce nu au conținut economic, fiind reprezentate de încălcarea unor drepturi ale personalității ori de suferințele fizice ori psihice cauzate ca urmare a faptei);

b) după felul în care puteau fi prevăzute sau nu la momentul comiterii faptei, prejudiciile pot fi previzibile ori imprevizibile;

c) în funcție de numărul victimelor faptei ilicite, prejudiciile pot fi individuale (lezarea drepturilor ori a intereselor unei singure persoane), colective (afectarea unei colectivități sau categorii sociale, în ansamblul ei, precum ar fi utilizatorii unui produs ce prezintă defecte) sau prejudicii produse în masă (ce afectează un mare număr de persoane, așa cum ar fi, spre exemplu, în cazul unui accident nuclear);

² E. Lupan, *Răspunderea civilă*, Ed Accent, Cluj-Napoca, 2003, p. 25.

³ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 392.

⁴ C. Juguștriu, *Prejudiciul – repere românești în context european-*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 160-181.

d) raportat la durata producerii consecințelor negative, prejudiciile pot fi instantanee (urmarea producându-se integral, dintr-o dată) sau succesive (consecințele fiind de durată sau agravându-se, precum e cazul unei infirmități fizice);

e) în funcție de obiectul asupra căruia se produce, prejudiciul poate fi adus patrimoniului unei persoane (prin deteriorarea ori distrugerea unui bun, imposibilitatea folosirii acestuia ori imobilizarea capitalului) sau drepturilor sale nepatrimoniale, inerente ființei umane (precum dreptul la viață, integritate fizică și psihică, dreptul la demnitate).

Doctrina recentă⁵ clasifică prejudiciile în trei mari categorii, respectiv: prejudicii patrimoniale, prejudicii morale pure și prejudicii corporale, o categorie intermediară, ce împrumută caractere de la ambele categorii anterior menționate, în sensul că include atât pierderile pecuniare, cât și pe cele fără conținut patrimonial, rezultate din vătămarea integrității corporale, datorită specificului acțiunii ilicite cauzatoare ce vizează corpul uman. S-a apreciat totodată că prejudiciile nepatrimoniale (morale) pot fi subdivizate în prejudicii rezultate din vătămări ale personalității fizice (element component al prejudiciului corporal) și prejudicii ce nu presupun lezarea corpului victimei (prejudicii afective)⁶.

Printre valorile primordiale ale ființei umane, ocrotite ca atare de Codul civil, prin dispozițiile art. 58, se numără dreptul la viață, la sănătate și dreptul la integritate fizică și psihică, o reglementare concordantă cu protecția conferită acestora de Convenția europeană a drepturilor omului (art. 2 și 3).

Art. 1387-1395 detaliază problematica prejudiciului cauzat prin vătămarea integrității sau a sănătății persoanei, acoperind, în dimensiunea duală a laturii economice și a celei nepatrimoniale, atât situațiile în care urmarea negativă este suferită de victima directă a faptei ilicite, cât și pe acelea în care victima este una indirectă, în ipoteza prejudiciului prin ricoșeu sau prin reflectare.

Diferențiat de victima directă, asupra căreia se comite fapta ilicită și asupra căreia se produc în mod causal consecințe păgubitoare, categoria victimelor prin ricoșeu (victime mediate) cuprinde acele terțe persoane ce suferă, în mod direct, o pagubă (economică sau afectivă), urmare a decesului sau a vătămării sănătății ori integrității fizice sau psihice a victimei directe.

Pornind de la noțiunea de victimă indirectă, putem defini prejudiciul prin ricoșeu ca fiind acela ce cuprinde ansamblul consecințelor negative, atât de natură patrimonială, cât și de natură nepatrimonială, suferite de victimele mediate, ca urmare a faptei ilicite ce a afectat în mod direct viața, sănătatea ori integritatea fizică sau psihică a victimei imediate⁷.

Așadar, reglementarea expresă a prejudiciului prin ricoșeu, ca urmare a faptei ilicite delictuale, impune repararea acestuia în dubla sa componentă, atât cea patrimonială (orice lezare a unui drept sau interes patrimonial⁸), cât și cea nepatrimonială (prin acordarea unei

⁵ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 380.

⁶ I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 22-28.

⁷ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 419.

⁸ În categoria interesului patrimonial lezat poate fi cuprinsă vătămarea suferită de o persoană (chiar în afara vreunui grad de rudenie ori afinitate cu victima) și căreia aceasta îi asigură întreținerea în fapt, cu caracter de continuitate, în absența oricărei obligații legale în acest sens.

compensații bănești corespunzătoare), în acest ultim caz fiind necesar a se dovedi existența unei puternice relații de afecțiune între victimă și persoana ce se pretinde prejudiciată.

Pot fi creionate trăsăturile esențiale ale acestui tip special de prejudiciu produs în cadrul răspunderii civile delictuale⁹.

Astfel, este vorba de un prejudiciu personal, direct, în sensul că victima indirectă invocă afectarea unui drept sau a unui interes propriu, prin lezarea concomitentă a dreptului la viață, sănătate ori integritate fizică și psihică a victimei directe. Acțiunea în pretenții promovată de victima indirectă, și fundamentată pe răspunderea civilă delictuală, nu vizează realizarea unor drepturi ale victimei directe, transmise în patrimoniul victimei prin ricoșeu, ci a drepturilor și intereselor personale ale acesteia din urmă.

Totodată, prejudiciul prin reflectare trebuie să fie cert și lichid, pentru a fi reparabil. Este cert prejudiciul actual (deja produs) sau cel viitor, dar asupra producerii căruia nu există nicio umbră de îndoială, iar întinderea acestora poate fi evaluată pe baza unor elemente suficiente, creanța astfel născută având și un caracter lichid¹⁰.

S-a apreciat în doctrină¹¹, în mod întemeiat, că o condiție esențială pentru repararea prejudiciului adus victimei indirecte prin lezarea unui interes al acesteia este respectarea necesității ca interesul să fie unul serios, legitim, manifestat sub aparența unui drept subiectiv (așa cum reiese din cuprinsul art. 1359 C. civ.), iar acesta să fie de asemenea în conformitate cu ordinea publică și bunele moravuri. Spre exemplu, nu poate fi protejat, fiind nelegitim, interesul victimei indirecte, aflată în relație de concubinaj cu victima directă a faptei ilicite, aceasta din urmă fiind însă, totodată, într-o relație de căsătorie, ce plasează relația de concubinaj nu doar în afara normelor ce reglementează morala publică, dar și în afara protecției conferită de normele legale. Aceeași situație ar putea fi regăsită în ipoteza unui prejudiciu pe care îl suferă o terță persoană, pentru care victima directă a faptei ilicite presta o activitate ce poate fi încadrată ca un raport de muncă, însă în absența respectării prevederilor legale privind încheierea unui contract de muncă valabil.

Întrunirea caracterelor de moralitate și liceitate a prejudiciului reprezintă o situație de fapt, ce poate fi dovedită cu orice mijloc de probă, iar sarcina probei îi revine celui care solicită repararea prejudiciului pretins a fi cauzat prin vătămarea acestui interes. Întinderea reparației și modalitatea de realizare a acesteia vor fi dispuse de către instanța de judecată cu respectarea principiilor reparării în natură (acolo unde este posibil) și integrale a pagubei suferite¹².

2. Formele prejudiciului prin ricoșeu

Având în vedere specificul acestui tip de prejudiciu, unul în care victima este indirectă, drepturile sau interesele acesteia fiind lezate în mod subsidiar celor ale victimei directe,

⁹ C. Jugastru, *op. cit.*, p. 279.

¹⁰ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, pp. 562 și 563.

¹¹ C. Jugastru, *op. cit.*, p. 280.

¹² F.I. Mangu, *Răspunderea civilă. Constantele răspunderii civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 148.

generând, cu toate acestea, o daună personală, este importantă determinarea sferei persoanelor ce se pot pretinde victime mediate ale faptei ilicite.

Ca orice tip de prejudiciu, și cel cauzat victimelor indirecte îmbracă o formă duală, putând fi reprezentat de pierderile cu caracter economic (spre exemplu, întreținerea de care victima indirectă beneficia din partea victimei directe) sau de pagube fără caracter patrimonial (suferința afectivă pe care o resimte victima indirectă în urma decesului sau a lezării sănătății ori a integrității victimei directe).

Noua și moderna reglementare a art. 1391 C. civ. statuează că instanța judecătorească va putea să acorde despăgubiri (pentru prejudiciul nepatrimonial) ascendenților, descendenților, fraților, surorilor și soțului, pentru durerea încercată prin moartea victimei, precum și oricărei alte persoane care, la rândul ei, ar putea dovedi existența unui asemenea prejudiciu.

Considerăm că reglementarea art. 1391 C. civ. are în vedere o categorie largă de persoane ce ar putea fi îndreptățite să primească despăgubiri pentru prejudiciul suferit, în calitate de victime indirecte ale faptei ilicite, iar enumerarea exemplificativă a persoanelor aflate în grad proxim de rudenie cu victima directă reprezintă o prezumție simplă implicită că aceste persoane suferă, în general, un prejudiciu de natură afectivă în aceste situații. Nu este însă exclusă nici dovada contrară, la fel cum textul permite și dovedirea unui atare prejudiciu și în ipoteza altor persoane, chiar neafiate în grad de rudenie cu victima directă.

În doctrina recentă¹³, pentru o mai bună clasificare a prejudiciului datorat victimelor indirecte, s-a avut în vedere ipoteza supraviețuirii, sau nu, a victimei directe, raportat la consecințele diferite pe care fiecare dintre aceste două situații le antrenează pentru victimele prin reflectare.

Prejudiciul material suferit de victimele indirecte

În ipoteza decesului victimei directe a faptei ilicite, art. 1390 C. civ. instituie un drept la despăgubire pentru cei aflați, la momentul decesului, în întreținerea legală ori *de facto* a victimei directe.

Așadar, pe lângă persoanele îndreptățite prin lege să beneficieze de întreținere din partea victimei directe (obligații în acest sens fiind instituite în sarcina părinților pentru copiii lor minori, între soți, între frați și surori ori între rudele în linie dreaptă, precum și, în anumite situații, și între foștii soți) va putea fi indemnizată și persoana ce beneficia în fapt de întreținere (sub forma unor prestații stabile, de durată, generate de un raport de afecțiune între victima directă și beneficiar), atât timp cât justifică un interes serios, legitim și în acord cu normele privind ordinea publică și bunele moravuri.

Indemnizația va fi acordată după principiul reparării integrale a prejudiciului, raportat, pe de o parte, la nevoile celui păgubit, precum și la veniturile pe care cel decedat le-ar fi avut pe parcursul perioadei pentru care se datorează despăgubirea, neprezentând relevanță starea materială a celui vinovat de săvârșirea faptei¹⁴.

¹³ C. Jugastru, *op. cit.*, p. 281.

¹⁴ P. Pricope, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed Hamangiu, București, 2013, p. 110.

În practica judiciară a instanței supreme s-a considerat că, în ipoteza decesului victimei unei infracțiuni, cel vinovat trebuie să achite copiilor minori ai victimei o prestație periodică, până la majoratul acestora, și la nivelul cuantumului întreținerii prestate de victimă, fiind nelegală obligarea autorului faptei la plata unei sume globale ce ar fi urmat să însumeze toate aceste prestații periodice¹⁵.

În doctrina franceză¹⁶ s-a arătat că dacă victima indirectă a fost nevoită să își întrerupă activitatea profesională urmare a suferinței (fizice sau psihice) cauzată de încetarea din viață a victimei directe, ca urmare a faptei ilicite, ea poate beneficia de despăgubiri pentru repararea acestui prejudiciu material.

Totodată, vor beneficia de indemnizare și persoanele care au efectuat cheltuieli pentru îngrijirea sănătății ori pentru înmormântarea victimei directe.

În situația în care victima directă a supraviețuit faptei ilicite, pot fi îndreptățite la obținerea unei reparații persoanele afectate de diminuarea capacității de muncă a victimei directe și, pe cale de consecință, a veniturilor acesteia și, respectiv, a întreținerii pe care o achită victimelor indirecte. Totodată, acestea din urmă pot fi indemnizate pentru prejudiciul economic suferit ca urmare a necesarei întreruperi a activității pentru a acorda îngrijiri victimei directe ce a suferit leziuni în urma faptei ilicite. Cu toate acestea, practica judiciară franceză a decis că nu poate fi cumulată această indemnizare cu despăgubirea pe care victimele indirecte ar primi-o în calitate de terț însoțitor al victimei. Urmare a punerii victimei directe într-o situație ce reclamă ajutor din partea rudelor sau a apropiaților, acestea din urmă persoane, în calitate de victime indirecte, pot obține și despăgubiri pentru cheltuielile ocazionate de îngrijirea victimei directe (cheltuieli de spitalizare, medicale, transport sau altele asemenea), atât timp cât vor dovedi că acestea au fost necesare și utile pentru recuperarea sănătății celui lezat prin fapta ilicită¹⁷.

Prejudiciul nepatrimonial suferit de victimele indirecte

Este un alt tip de prejudiciu ce poate fi suferit de victimele indirecte, legate printr-o puternică relație afectivă de victima directă care a decedat ori a suferit o vătămare corporală prin fapta ilicită. Doctrina franceză definește prejudiciul ce apare ca urmare a lezării sentimentelor de afecțiune ca fiind prejudiciu de afecțiune¹⁸.

Posibilitatea oferirii unei sume de bani pentru a compensa această suferință afectivă a fost (și încă este) subiect de controversă în doctrina juridică. Argumentele împotriva acestei posibilități sunt în principal de natură morală, respectiv faptul că nu se poate proba existența și intensitatea suferințelor resimțite, iar negocierea și duelul judiciar având ca finalitate obținerea sumei echitabile cu titlu de compensație apar ca inadecvate.

¹⁵ ÎCCJ, dec. pen. nr. 822 din 8 februarie 2006, *apud* V. Calimachi Cartas, *Daune morale. Practica judiciară*, Ed. Moroșan, București, 2008, pp. 134 și 135.

¹⁶ Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 319.

¹⁷ C. Jugastru, *op. cit.*, p. 284.

¹⁸ G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2010, pp. 47-60.

S-a apreciat că viața, sănătatea ori demnitatea umană nu pot fi evaluate pecuniar și, astfel, nu pot fi acordate despăgubiri bănești pentru lezarea acestor drepturi¹⁹.

Considerăm că stabilirea unei sume de bani și obligarea autorului faptei ilicite la plata acesteia către victima indirectă nu contravine principiilor morale enunțate anterior, ci le conduce la respectarea și valorificarea acestora. Sumele de bani astfel plătite nu reprezintă o veritabilă reparație prin echivalent a prejudiciului, ci mai degrabă o compensare pentru suferința cauzată, victima fiind astfel sprijinită pentru a depăși mai ușor dificultățile din viața cotidiană create prin fapta delictuală, acționând totodată cu rol de prevenție în scopul descurajării săvârșirii unor fapte ilicite similare²⁰.

Tocmai raportat la scopul acestei despăgubiri, ce nu este menită a repara pecuniar un prejudiciu nepatrimonial, ci mai degrabă a-l compensa prin alinarea suferințelor încercate, s-a propus denumirea acestei reparații ca o despăgubire în compensare²¹.

Practica judiciară națională recentă a operat cu diverse criterii pentru stabilirea întinderii compensației bănești datorate urmare a cauzării unui prejudiciu de natură afectivă. Astfel, în ipoteza decesului victimei, în urma unui accident de circulație, au fost acordate daune morale în sumă de 500.000 lei pentru fiecare dintre cele două victime indirecte, respectiv soția și fiica de 3 ani și jumătate a victimei directe, acestea prevalându-se de existența unui prejudiciu afectiv produs prin ricoșeu. Pentru a hotărî astfel, instanța a avut în vedere că pentru reclamante planul familial reprezintă mediul în care urmările faptei ilicite se manifestă cu precădere, iar dezechilibrul cauzat de pierderea soțului, respectiv a tatălui, este de natură a perturba grav și iremediabil viețile acestora. A reținut instanța că nu este suficient a avea în vedere prejudiciul actual, atât timp cât prejudiciul afectiv se propagă în timp, dată fiind natura acestuia. Pentru reclamanta L.I.A., fosta soție a victimei directe, ce nu era încadrată în muncă la data accidentului, a reținut instanța că șansele de a se integra profesional se diminuează simțitor urmare a faptei ilicite, având în vedere că va trebui să dedice mai mult timp creșterii și educării fiicei pe care o avea împreună cu victima. Instanța a analizat și planul psihologic în care s-au produs urmările negative, delimitându-l în plan mental și plan emoțional, apreciind că, deși nu poate vizualiza trăirile sufletești și suferința victimei în plan emoțional, aceasta poate fi dedusă pe baza prezumțiilor (cum ar fi aceea privind afecțiunea dintre soți sau rudele apropiate), iar lezarea planului emoțional antrenează și afectarea planului mental, prin incapacitatea de a se adapta la suferința cauzată. A fost reținută, astfel, lezarea stării emoționale a victimelor indirecte prin pierderea încrederii în sine și în viitor, alterarea raporturilor cu familia extinsă și alterarea mediului familial, devierea cursului normal al vieții și diminuarea posibilității de reușită pe orice plan, proces ce poate conduce la necesitatea unei terapii psihologice și, implicit, la afectarea integrității psihice.

Prin decizia civilă nr. 184 din 2013, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, a admis apelul și a modificat în parte sentința apelată, apreciind, cu privire la daunele morale, că stabilirea

¹⁹ V. Negru, P.I. Demetrescu, *Curs de drept civil. Teoria generală a obligațiilor și contractele speciale*, vol II, Iași, 1958, p. 111.

²⁰ I. Albu, V. Ursa, *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1979, pp. 70 și 71.

²¹ C. Juguștru, *op. cit.*, p. 288.

valorii compensației pecuniare include o doză de aproximare, însă trebuie avute în vedere criteriile precum: consecințele negative suferite de cel în cauză pe plan fizic și psihic, importanța valorii lezate, măsura în care s-a produs această lezare, precum și intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării (criterii avute în vedere și de către ÎCCJ prin Decizia civilă nr. 4458 din 27 mai 2005). A apreciat instanța că în absența unor norme legale care să stabilească plafoane ale despăgubirilor posibil a fi acordate, hotărârile altor instanțe pot fi luate în considerare doar la nivel pur orientativ, dat fiind faptul că stările de fapt sunt diferite, iar măsura suferinței este de asemenea diferită de la caz la caz. Curtea a considerat că sumele stabilite de instanța de fond sunt disproporționate și a dispus reducerea acestora la nivelul de 250.000 lei pentru fiecare dintre cele două reclamante²².

Apreciem că, în absența unor criterii legale detaliate, deși stabilirea întinderii acestei compensații financiare implică administrarea unui probatoriu specific (proba testimonială, înscrisuri, raport de expertiză medico-legală) și de natură a forma convingerea judecătorului cu privire la necesitatea obligării autorului faptei ilicite la plata unor sume de bani pentru indemnizarea victimelor indirecte, această constatare nu este imposibilă și ea necesită raportarea la mai mulți factori, printre care putem enumera persoana și caracteristicile victimei, întinderea în timp a vătămării, valoarea lezată și consecințele acestei acțiuni.

Alin. (2) al art. 1391 C. civ. reglementează doar ipoteza acordării unor despăgubiri pentru durerea încercată de rudele (ascendenți, descendenți, frați, surori) sau soțul victimei faptei ilicite, atunci când aceasta a decedat.

Analiza textului art. 1391 C. civ. relevă drept criterii în aprecierea prejudiciului nepatrimonial al victimei indirecte gradul de afecțiune existent între aceasta și victima directă a faptului ilicit, funcționând o prezumție simplă în favoarea existenței acestor legături sentimentale apropiate cu soțul sau soția, ascendenții, descendenții, frații ori surorile. Având în vedere că aceste categorii pot grupa un număr mare de persoane, s-a propus în doctrină²³ stabilirea unui criteriu suplimentar pentru selectarea beneficiarilor compensației prejudiciului produs prin rigoșeu, prin raportate la dispozițiile ce reglementează obligația legală de întreținere, urmând a fi indemnizate, cu prioritate, persoanele aflate în rang preferențial.

Cu toate acestea, considerăm că o atare apreciere trebuie să țină cont de particularitățile fiecărui caz în parte, fiind posibil ca uneori, persoane îndreptățite la a primi cu prioritate întreținere de la victima directă, să nu fi fost legate de aceasta printr-o atât de puternică afecțiune pe cât s-ar fi putut prezuma. Astfel, în practica judiciară²⁴ au fost indemnizați părinții victimei infracțiunii de omor, apreciindu-se că de un asemenea drept s-ar fi putut bucura și soția victimei. Cu toate acestea, în speță a fost reliefată o slabă legătură de afecțiune între victimă și soția sa, atât timp cât aceasta din urmă nu a participat la funeralii, manifestându-și dezinteresul față de cinstirea memoriei victimei.

²² Sent. civ. nr. 755/2013 pronunțată de Trib. specializat Cluj și dec. nr. 184/2013 a C. Ap. Cluj, S. II-a civ., apud D. Zeca, *Daunele morale în litigii civile și penale*, vol II, Ed Hamangiu, București, 2016, pp. 52-61.

²³ C. Jugastru, *op. cit.*, p. 291.

²⁴ C. Ap. Bacău, dec. pen. nr. 28/A din 11 februarie 1997, în Gh. Vintilă, C. Furtună, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. All Beck, București, 2002, pp. 92 și 93.

Aceste considerații au în vedere, totodată, și dubla condiționare a prejudiciului prin ricoșeu, așa cum rezultă aceasta din Rezoluția nr. 75-7, adoptată la 14 martie 1975 de Comitetul Miniștrilor Consiliului Europei, și anume: existența unei puternice legături afective între victima indirectă și cea directă, precum și un grad ridicat al lezării dreptului victimei directe la viață, sănătate și integritate fizică și psihică. În viziunea Comitetului de Miniștri, persoanele ce pot pretinde repararea acestui prejudiciu prin ricoșeu, respectiv părinții, copiii, soțul sau logodnicul victimei, trebuie să probeze caracterul excepțional al lezării drepturilor victimei²⁵.

Instanțele franceze au refuzat indemnizarea unui pretins prejudiciu prin ricoșeu suferit de către copiii al căror tată s-a sinucis la trei săptămâni după ce mama acestora a decedat în urma unui accident de circulație. S-a considerat că autorul accidentului de circulație nu poate fi făcut răspunzător de prejudiciul afectiv încercat de către minori în urma sinuciderii tatălui lor, lipsind o legătură directă și suficient de puternică pentru a considera accidentul ca fiind cauza principală a suicidului²⁶.

Necesitatea conștientizării prejudiciului afectiv²⁷, pentru a fi reparabil, a condus la pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care au fost respinse pretențiile formulate de mama unui copil de 3 ani, al cărui tată a decedat în urma unei fapte ilicite, de reparare a prejudiciului afectiv suferit de minor, pe motiv că acestea, datorită insuficienței dezvoltării bio-psihologice, nu era în măsură să conștientizeze trăirile sufletești ce pot constitui prejudiciul afectiv, iar compensația pecuniară nu și-ar fi îndeplinit scopul, acela de a conduce la o atenuare a acestor suferințe²⁸.

În situația în care victima directă nu a decedat urmare a faptei ilicite, chiar în absența unei reglementări legale în acest sens, considerăm că este posibilă acordarea unor compensații pecuniare celor cărora le-a fost adus un prejudiciu nepatrimonial, prin provocarea de suferințe, durere afectivă, urmare a faptei ilicite, precum și a stării în care se regăsește victima după comiterea acesteia.

Această interpretare se fundamentează pe situația de fapt în care se regăsesc victimele indirecte, de regulă rudele celui vătămat corporal prin fapta ilicită, și care sunt chemate să îi acorde îngrijire (adesea permanentă) acestuia, trăind, în acest fel, o suferință afectivă continuă.

Doctrina română²⁹, precum și practica judiciară³⁰, atât cea internă cât mai ales cea a instanțelor situate în țările vest-europene, au recunoscut necesitatea acordării acestui tip de despăgubire prin ricoșeu, chiar în ipoteza în care victima directă a supraviețuit faptei ilicite.

²⁵ M. Vladu, *Prejudiciul cauzat prin infracțiuni contra persoanei fizice*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 36.

²⁶ Cass., Cam. pen., hotărârea din 24 noiembrie 1965, *apud* M. Vladu, *op. cit.*, p. 52.

²⁷ I. Urs, *Repararea daunelor morale*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 114-117.

²⁸ Jud. Cluj-Napoca, sent. pen. nr. 243 din 11 februarie 1997, *apud* I. Urs, *op. cit.*, p. 115.

²⁹ I. Urs, *op. cit.*, p. 141; I. Albu, *Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 165; M. Vladu, *op. cit.*, p. 62.

³⁰ Așa cum e prezentată în C. Jugastru, *op. cit.*, pp. 294 și 295.

Astfel, Curtea de Casație franceză a stabilit cu valoare de principiu la 22 octombrie 1946 faptul că o atare despăgubire trebuie achitată și în ipoteza în care victima a supraviețuit faptei ilicite, având în vedere că durerea provocată victimei prin ricoșeu, de a fi martoră la infirmitatea permanentă a victimei directe, de care e legată printr-o strânsă afecțiune, nu este mai puțin veridică decât aceea născută ca urmare a decesului acesteia.

Totodată, în dreptul elvețian s-a apreciat că este necesar a fi indemnizat prejudiciul afectiv încercat de părinții victimei directe, în vârstă de 25 ani, și care a supraviețuit faptei ilicite, dar a rămas pentru tot restul vieții într-o stare de comă vegetativă, astfel încât părinții acesteia sunt cei care trăiesc suferința morală cauzată de această stare.

În practica internă, Curtea de Apel Timișoara a stabilit³¹ că au dreptul la compensarea prejudiciului afectiv părinții minorului care a rămas cu un handicap permanent în urma faptei ilicite, iar părinților le revine obligația de proceda, pe viitor, la îngrijirea acestuia, fiind nevoiți să trăiască cu lipsa unei perspective de însănătoșire a fiului lor, privat de dreptul la o viață normală și bucuriile oferite de aceasta.

Astfel, pentru a fi în prezența unui prejudiciu afectiv suferit de victimele indirecte, în ipoteza supraviețuirii victimei directe, este necesar ca, pe de o parte, infirmitatea acesteia din urmă să fie una gravă, aptă a genera suferințe psihice și emoționale în rândul apropiaților ce se ocupă de îngrijirea victimei, iar pe de altă parte, acest prejudiciu, datorită naturii sale, poate să fie resimțit doar de către persoanele ce au în grijă, zi de zi, persoana victimă directă a faptei ilicite, iar contactul zilnic cu aceasta le generează și amplifică o stare de suferință permanentă³².

Mergând chiar mai departe, s-a apreciat în doctrină că se poate discuta despre existența prejudiciului afectiv chiar în situația distrugerii unui bun sau a uciderii unui animal, de care victima indirectă era puternic atașată (fie că e vorba de un bun cu puternică valoare sentimentală, fiind, spre exemplu, o amintire de familie, fie că e vorba de animalul de companie al unei persoane singure)³³.

Considerăm că o interpretare extensivă a noțiunii de prejudiciu afectiv trebuie abordată cu maximă precauție, prin raportare la caracteristicile psiho-emoționale ale victimei indirecte, dat fiind faptul că, în ipoteza unei situații similare, reacția afectivă a acestora poate să fie esențialmente diferită, putând conduce la neîndeplinirea condiției interesului legitim al promovării acțiunii.

De menționat este Hotărârea nr. 12 din 16 mai 2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție³⁴, pronunțată în vederea dezlegării unor chestiuni de drept, în care instanța supremă a statuat că dispozițiile art. 1391 alin. (1) C. civ. se interpretează în sensul că într-o cauză penală având ca obiect o infracțiune de vătămare corporală din culpă, doar victima infracțiunii, care a suferit un prejudiciu, este îndreptățită să obțină o despăgubire pentru

³¹ Dec. pen. nr. 885/R/1996 *apud* C. Jugastru, *op. cit.*, p. 295.

³² M. Vladu, *op. cit.*, p. 61.

³³ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1998, p. 149; M. Vladu, *op. cit.*, pp. 36 și 37.

³⁴ *Jurisprudența obligatorie pentru aplicarea noilor Coduri penale*, ed. a III-a, Ed. Hamangiu, București, 2017, pp. 614-623.

restrângerea posibilităților de viață familială și socială. A apreciat instanța că prejudiciul afectiv suferit de victima prin rigoșeu poate fi reparat pe cale pecuniară numai dacă este cauzat de decesul victimei imediate, iar prejudiciile afective datorate conștientizării durerilor, degradării stării fizice și de sănătate ori handicapului cauzate victimei imediate nu dau dreptul victimelor prin rigoșeu la reparație pecuniară.

Înalta Curte a pronunțat această hotărâre fiind sesizată de Curtea de Apel Târgu Mureș într-o cauză penală având ca obiect vătămare corporală din culpă și în care părinții victimei ce a suferit o infirmitate gravă (handicap permanent) au solicitat despăgubiri pentru restrângerea posibilităților lor de viață familială și socială.

Soluția instanței supreme pare a contura o nouă viziune restrictivă asupra posibilității persoanelor ce se consideră victime indirecte de a se prevala de dispozițiile art. 1391 C. civ. pentru a obține despăgubiri pentru prejudiciul afectiv cauzat, în ipoteza supraviețuirii victimei directe, interpretarea fiind una literală a textului, care exclude implicit această categorie de victime de la obținerea compensării suferinței trăite și deschide calea unui reviriment jurisprudențial în sensul limitării acordării compensațiilor bănești pentru prejudiciul prin rigoșeu suferit de victimele indirecte ale unei fapte ilicite.

Concluzii

Prejudiciul prin rigoșeu, ca ansamblu al consecințelor negative, suferite de victimele mediate, urmare a unei fapte ilicite, trebuie să fie personal, direct, cert, lichid și să prezinte caracterele de moralitate și liceitate.

Acest tip de prejudiciu îmbracă o formă duală, putând fi reprezentat de pierderile cu caracter economic sau de pagube fără caracter patrimonial.

Ipoteza prejudiciului prin rigoșeu naște consecințe diferite, patrimoniale și respectiv afective, după cum victima directă a supraviețuit sau nu fetei ilicite.

Indemnizația va fi acordată după principiul reparării integrale a prejudiciului, raportat, pe de o parte, la nevoile celui păgubit, precum și la veniturile pe care cel decedat le-ar fi starea materială a celui vinovat de săvârșirea fetei. avut pe parcursul perioadei pentru care se datorează despăgubirea, neprezentând relevanță

Sumele de bani achitate cu titlu de compensație pentru prejudiciul nepatrimonial încercat de victimele indirecte nu reprezintă o veritabilă reparație prin echivalent, ci sunt menite să contribuie la diminuarea suferinței acestora.

Apreciem că, în absența unor criterii legale detaliate, stabilirea întinderii acestei compensații financiare este posibilă și necesită raportarea la mai mulți factori, printre care putem enumera: persoana și caracteristicile victimei, întinderea în timp a vătămării, valoarea lezată și consecințele acestei acțiuni.

Instanța supremă a deschis calea unui reviriment jurisprudențial în sensul limitării acordării compensațiilor bănești pentru prejudiciul prin rigoșeu suferit de victimele indirecte ale unei fapte ilicite, în ipoteza supraviețuirii victimei directe.

Conținutul și regularizarea cererii de apel*

Lect. univ. dr. **Alin SPERIUȘI-VLAD****

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

The special character of the civil complaint and of the civil appeal relating any other court petition represents the special connection between the civil complaint and implicitly civil appeal the appeal with the civil action. The civil appeal regularization procedure differs from the regularization procedure of the civil complaint. The New Code of Civil Procedure has proposed a good course of judgment through a rigorous circumscription of the subject matter of the referral, and this exigency subsists both in the first instance and in the appeal. The major difference lies in the fact that, in the case of the first instance procedure, the subject of the verification and regularization procedure is much broader than that of the appeal procedure because the necessary elements of the litigation have already been clarified during the first instance trial. The fact that the filing of acts relating to the appeal settlement procedure takes place before the first instance court, whose decision is being appealed is irrelevant as long as the nullity of the appeal is compulsorily decided by the court of appeal after the file case has been communicated to it by the first court. As long as the regularization of the civil complaint and of the civil appeal meets the same imperatives, there is no objective justification for a different application of the sanction of nullity of the civil appeal to the civil complaint, because the sanction of nullity in the regularization procedure seeks to resolve the irregular civil petition without giving a substantive solution.

Keywords: *New Civil Procedure Code, first instance judgment, civil appeal, civil complaint, content, regularization procedure, nullity of the appeal*

Rezumat

Caracterul special al cererii de chemare în judecată și al cererii de apel față de orice altă cerere adresată instanțelor judecătorești constă în legătura specială care o are cererea de chemare în judecată și, implicit, cererea de apel cu acțiunea civilă. Procedura regularizării cererii de apel diferă de regularizarea cererii de chemare în judecată. Noul Cod de procedură civilă și-a propus o bună desfășurare a judecării printr-o circumscriere riguroasă a obiectului sesizării, iar această exigență subsistă atât în primă instanță, cât și în apel. Deosebirea majoră constă în faptul că, în cazul judecării în primă instanță,

* Acest studiu a fost publicat, într-o formă preliminară, de autor pe site-ul JURIDICE.ro în data de 12 aprilie 2016.

** alin.speriusi@e-uvt.ro

obiectul procedurii de verificare și regularizare este mult mai amplu, față de cel din apel, datorită faptului că elementele necesare derulării litigiului au fost deja clarificate în cursul judecății în primă instanță. Faptul că depunerea actelor aferente procedurii de regularizare a apelului se desfășoară în fața instanței a cărei hotărâre se atacă este irelevant atât timp cât anularea cererii de apel o face în mod obligatoriu instanța de apel după ce i s-a comunicat dosarul cauzei de către instanța a cărei hotărâre se atacă, anterior fixării primului termen de judecată. Atât timp cât regularizarea cererii de chemare în judecată și a cererii de apel răspund aceluiași imperativ, nu există nicio justificare obiectivă pentru aplicarea diferită a sancțiunii anulării cererii în apel față de judecata în primă instanță, deoarece sancțiunea nulității aferentă procedurii de regularizare, urmărește soluționarea cererii informale în raport de lipsurile acesteia fără pronunțarea unei soluții pe fond.

Cuvinte-cheie: *Noul Cod de procedură civilă, judecata în primă instanță, apelul civil, cerere de chemare în judecată, conținut, procedura regularizării, nulitatea cererii de apel*

I. Introducere

În urma unui studiu foarte recent referitor la regularizarea cererii de apel¹ mi-am dat seama de actualitatea acestei probleme și mai ales de necesitatea înțelegerii sistemului noului Cod de procedură civilă, înainte de a propune modificarea acestuia. Chiar dacă pare să fie o soluție salvatoare pentru toate problemele ivite în practică, propunerile de *lege ferenda* nu pot fi făcute fără a se conștientiza faptul că, odată intrate în vigoare, noile norme juridice pot da naștere, la rândul lor, unei alte practici judiciare neunitare. Este adevărat că și aceasta poate fi „corectată” printr-o nouă legiferare, dar există riscul de a perpetua la nesfârșit un astfel de model, care nu rezolvă o problemă, ci doar o perpetuează. Din aceste considerente, este preferabilă o analiză argumentată a dispozițiilor referitoare la regularizarea cererii de apel, aceasta trebuind să fie făcută atât în raport de conținutul cererii de apel, cât și de regularizarea cererii de chemare în judecată raportată la specificul acestei căi de atac devolutive.

II. Conținutul cererii de apel

Conținutul cererii de apel este foarte clar determinat prin art. 478 alin. (1) NCPC. Astfel, cererea de apel trebuie să cuprindă: datele de identitate ale părților, respectiv numele și prenumele, codul numeric personal, domiciliul sau reședința părților ori, pentru persoanele juridice, denumirea și sediul lor, precum și, după caz, codul unic de înregistrare sau codul de identificare fiscală, numărul de înmatriculare în registrul comerțului ori de înscriere în registrul persoanelor juridice și contul bancar, dar și domiciliul ales în România, dacă apelantul locuiește în străinătate [art. 478 alin. (1) lit. a) NCPC], datele hotărârii

¹ A se vedea C.Cl. Alunaru, *Aspecte privind regularizarea cererii de apel în Noul Cod de procedură civilă*, publicat online pe [juridice.ro](http://www.juridice.ro) – <http://www.juridice.ro/437551/aspecte-privind-regularizarea-cererii-de-apel-in-noul-cod-de-procedura-civila.html> – la 7 aprilie 2016.

judecătorești pronunțate de prima instanță, care este atacată [art. 478 alin. (1) lit. b) NCPC], motivele de drept și de fapt pe care se întemeiază apelul [art. 478 alin. (1) lit. c) NCPC], probele invocate în susținerea apelului [art. 478 alin. (1) lit. d) NCPC] și semnătura apelantului [art. 478 alin. (1) lit. e) NCPC].

Dispozițiile referitoare la cuprinsul cererii de apel [art. 478 alin. (1) NCPC] trebuie raportate la prevederile referitoare la cuprinsul cererii de chemare în judecată de la art. 194 NCPC. Într-o anumită măsură, art. 478 alin. (1) lit. e) reia dispozițiile art. 194 NCPC, ținând cont și de faptul că litigiul a fost deja judecat în primă instanță. Totodată, atât cererea de chemare în judecată, cât și cererea de apel reprezintă cereri adresate instanțelor de judecată a căror formă și conținut este reglementat prin art. 148-152 NCPC. *Caracterul special al cererii de chemare și al cererii de apel față de orice altă cerere adresată instanțelor judecătorești la care face referire art. 148 alin. (1) NCPC constă în legătura specială pe care o are cererea de chemare în judecată și implicit cererea de apel cu acțiunea civilă. Legătura este atât de strânsă încât în limbajul uzual „cererea de chemare în judecată” este sinonimă cu „acțiunea civilă”. Diferența existentă între cele două noțiuni a scos-o în evidență instanța supremă într-un vechi recurs în interesul legii, în care a stabilit că „Acțiunea este o prerogativă legală, obiectivă, impersonală și permanentă, alcătuită dintr-un ansamblu virtual de mijloace procesuale, pe când cererea de chemare în judecată, ca unul dintre elementele acestui ansamblu, este mijlocul prin care, într-o situație juridică determinată, această prerogativă este transformată în act procesual concret. Acțiunea este o cale de drept, cererea de chemare în judecată este actul procesual prin care o persoană deschide această cale, sesizând instanța și obligând-o astfel să hotărască”². Considerațiile instanței supreme cu privire la cererea de chemare în judecată este întrutotul valabilă și în cazul cererii de apel, și aceasta reprezentând un mijloc procesual prin care prerogativa acțiunii civile (ca ansamblu virtual de mijloace procesuale) este transformat într-un act procesual concret.*

Elementele cererii de apel nu ridică în practică probleme deosebite din două considerații. În primul rând, aflându-ne într-o cale de atac aferentă judecății finalizate printr-o hotărâre a primei instanțe, aceasta, anterior primului termen de judecată, trebuia să verifice, conform art. 200 alin. (1) NCPC, dacă cererea de chemare în judecată îndeplinește cerințele prevăzute la art. 194-197 NCPC, urmând să fixeze primul termen de judecată doar după ce constata că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, conform art. 201 NCPC. Din coroborarea acestor texte de lege – art. 194, art. 200 alin. (1), art. 201 alin. (1), art. 470 alin. (1) NCPC – rezultă că fixarea

² A se vedea ÎCCJ, SU, Dec. nr. 32 din 9 iunie 2008 privind recursul în interesul legii referitor la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1 pct. 1, art. 2 pct. 1 lit. a) și b) și art. 282¹ alin. (1) C. pr. civ., în ceea ce privește caracterul evaluabil sau neevaluabil în bani al litigiilor civile și comerciale, publicată în M. Of. nr. 830 din 10 decembrie 2008, prin care s-a admis recursul în interesul legii și s-a stabilit că: „dispozițiile art. 1 pct. 1, art. 2 pct. 1 lit. a) și b) și art. 282¹ alin. (1) C. pr. civ. se interpretează în sensul că, în vederea determinării competenței materiale de soluționare în primă instanță și în căile de atac, sunt evaluabile în bani litigiile civile și comerciale având ca obiect constatarea existenței sau inexistenței unui drept patrimonial, constatarea nulității, anularea, rezoluțiunea, rezilierea unor acte juridice privind drepturi patrimoniale, indiferent dacă este formulat petitul accesoriu privind restabilirea situației anterioare”.

primului termen de judecată de prima instanță, cu atât mai mult pronunțarea hotărârii prin care s-a finalizat judecata în primă instanță, reprezintă o certificare a faptului că cererea de chemare în judecată cuprinde datele de identitate ale părților [art. 194 lit. a) NCPC], datele de identitate ale reprezentantului părții [art. 194 lit. b) NCPC], obiectul cererii, valoarea lui, precum și modul de calcul [art. 194 lit. c) NCPC], motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea [art. 194 lit. d) NCPC], dovezile pe care se sprijină fiecare capăt de cerere [art. 194 lit. e) NCPC] și semnătura [art. 194 lit. f) NCPC].

Mai mult decât atât, hotărârea primei instanțe de a fixa primul termen de judecată, nu poate fi cenzurată pe calea apelului sau recursului, partea interesată putând să invoce nulitatea actelor de procedură – absolută sau relativă, virtuală sau expresă, condiționată sau necondiționată – în condițiile art. 174-179 NCPC. Revenind însă, odată ce prima instanță certifică existența elementelor obligatorii ale cererii de chemare în judecată (cercetarea procesului finalizându-se printr-o hotărâre judecătorească a primei instanțe), ele se vor regăsi și în cuprinsul cererii de apel.

Mai precis, *datele de identitate ale părților din cadrul cererii de chemare în judecată [art. 194 lit. a) NCPC] reprezintă totodată și datele de identitate ale părților care trebuie să se regăsească și în cuprinsul cererii de apel [art. 470 alin. (1) lit. a) NCPC], motiv pentru care, în jurisprudență, s-a decis cu mult timp în urmă că nu se poate anula un apel dacă există în dosar suficiente date pentru identificarea părților și a domiciliului acestora*³. *Hotărârea atacată care trebuie indicată în cuprinsul cererii de apel cu siguranță se regăsește în dosarul primei instanțe, astfel că neindividualizarea acestei hotărâri prin număr, data pronunțării și numărul de dosar nu poate conduce la anularea apelului atât timp cât la dosarul cauzei există suficiente date pentru identificarea acesteia, considerațiile jurisprudențiale expuse cu privire la identificarea și domiciliul părților, unanim recunoscute în doctrină*⁴, fiind pe deplin aplicabile în acest caz.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 470 alin. (3) NCPC, care instituie cerința indicării hotărârii atacate sub sancțiunea nulității, trebuie înțelese prin prisma faptului că neindicarea numărului, a datei pronunțării sau a numărului de dosar pot să conducă la imposibilitatea identificării dosarului soluționat de prima instanță, în care se formulează apel, instanța de apel găsindu-se astfel într-o imposibilitate obiectivă de a soluționa această cale de atac, motiv pentru care cererea de apel trebuie anulată, vătămarea fiind prezumată, conform art. 175 alin. (2) NCPC, ca urmare a nulității exprese de la art. 470 alin. (3) NCPC. *Nulitatea de la art. 470 alin. (3) NCPC care sancționează neindicarea hotărârii atacate chiar dacă este o nulitate expresă, rămâne totuși o nulitate condiționată de producerea unei vătămări (prezumată, însă nu absolut) care nu poate fi înlăturată decât prin desființarea actului de procedură, în acest caz cererea de apel, conform art. 175 alin. (1) NCPC. Spre comparație, neindicarea datelor de identitate ale părților în cererea de apel este*

³ Cas. I, dec. nr. 279/1945, dec. nr. 328/1945, dec. nr. 719/1945 și dec. 376/1946 în I. Stoenescu, Gh.D. Păduraru, G.V. Protopopescu, *Accelerarea judecăților (Legea nr. 393/1943)*, Ed. Tiparul Românesc, București, 1947, pp. 174-176, nr. 2 ter, 4 ter și 6.

⁴ A se vedea V.M. Ciobanu, *Unele aspecte privind cererea de apel și efectele ei*, în *In Honorem Corneliu Bîrsan*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 479.

impusă sub sancțiunea unei nulități virtuale, vătămarea nefiind prezumată, ci trebuind dovedită.

În al doilea rând, *elementele cererii de apel nu ridică în practică probleme deosebite, ca urmare a faptului că apelul este o cale de atac devolutivă. Din acest motiv, neindicarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază apelul și a probelor în susținerea apelului, conform art. 470 alin. (1) lit. c) și d) NCPC, nu este sancționată cu nulitatea, ci cu decăderea, conform art. 470 alin. (3) teza a II-a NCPC. Altfel spus, lipsa motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază apelul și a probelor invocate în susținerea apelului conduce la soluționarea apelului pe baza celor invocate în primă instanță, conform art. 476 alin. (2) NCPC. Am arătat deja⁵ că justificarea formală a judecării apelului, inclusiv în cazul în care apelul nu este motivat, rezidă în faptul că apelul este o cale devolutivă de atac care provoacă o nouă judecată asupra fondului. Art. 476 alin. (2) coroborat cu art. 470 alin. (1) lit. c) și d) NCPC stabilesc că existența unei motivări a cererii de apel sau a unor mijloace de apărare sau dovezi în cuprinsul acesteia, nu reprezintă o condiție pentru judecarea apelului.*

În ceea ce privește semnătura, ca și orice cerere adresată instanței de judecată, conform art. 148 alin. (1) NCPC, cererea de apel trebuie semnată de către apelant, fie personal, fie prin reprezentant, lipsa acesteia putând fi împlinită în condițiile în care se poate acoperi lipsa semnăturii de pe cererea de chemare în judecată, conform art. 196 alin. (2) NCPC, respectiv în tot cursul judecării în fața instanței de apel, iar dacă se invocă lipsa de semnătură, apelantul care lipsește la acel termen va trebui să semneze cererea de apel cel mai târziu la primul termen următor, fiind înștiințat în acest sens prin citație, apelantul prezent semnând chiar în ședința în care a fost invocată nulitatea.

În ceea ce privește depunerea cererii de apel, noul Cod de procedură civilă aduce modificări substanțiale, stabilind că depunerea apelului face parte din procedura pregătirii dosarului pentru judecata în apel, care se face de către instanța a cărei hotărâre se atacă⁶, conform prevederilor art. 471 alin. (1)-(4) NCPC, astfel încât instanța de apel să soluționeze cât mai repede calea de atac. Această pregătire a dosarului de către instanța a cărei hotărâre se atacă prezintă similitudini cu procedura regularizării cererii de chemare în judecată gândită ca și o garanție a faptului că cercetarea judecătorească în primă instanță nu va fi ocupată de problemele legate de completarea diferitelor elemente ale cererii de chemare în judecată, regularizarea cererii de chemare în judecată reprezentând prilejul pentru pregătirea dosarului cauzei pentru judecata în primă instanță. La fel, *pregătirea dosarului pentru judecata în apel de către instanța a cărei hotărâre se atacă, ceea ce presupune regularizarea cererii de apel prin completarea și modificarea acesteia, este gândită ca și o*

⁵ A se vedea A. Speriusi-Vlad, *Apelul în procesul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, pp. 211-213, pct. 4.5. – Nemotivarea apelului și efectele asupra judecării apelului.

⁶ Noul Cod de procedură civilă nu vorbește în mod expres despre pregătirea dosarului de apel, ci doar despre cererea de apel, depunerea cererii de apel și pregătirea judecării apelului. La această etapă face referire însă art. XIII din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă care prevede că „Dispozițiile Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată privitoare la pregătirea dosarului de apel (...) de către instanța a cărei hotărâre se atacă, se aplică în procesele pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016”.

garanție a faptului că cercetarea judecătorească în apel nu va fi ocupată de problemele legate de completarea diferitelor elemente ale cererii de apel. Cu toate acestea, după cum voi arăta, procedura regularizării cererii de apel diferă de regularizarea cererii de chemare în judecată. Deja am arătat la început că obiectul regularizării cererii de apel este mult mai restrâns față de obiectul procedurii de regularizare al cererii de chemare în judecată, pentru că misiunea cea mai grea a identificării coordonatelor procesului civil, sub aspect subiect și obiectiv, cade în sarcina primei instanțe, anterior stabilirii primului termen de judecată, iar în acest mod regularizarea cererii de apel este ușurată.

Strict referitor la depunerea propriu-zisă a cererii de apel, aceasta trebuie făcută, sub sancțiunea nulității la instanța a cărei hotărâre se atacă, conform art. 471 alin. (1) NCPC. Textul de lege instituie o nulitate expresă, vătămarea părții fiind astfel prezumată, conform art. 175 alin. (2) NCPC, însă această nulitate rămâne condiționată de existența acestei vătămări, obligativitatea depunerii cererii de apel la instanța a cărei hotărâre se atacă neîncastrându-se în niciunul dintre cazurile dispozițiilor legale a căror nerespectare atrage nulitatea necondiționată enumerate la art. 176 NCPC. Pe de altă parte, *sancțiunea nulității nedepunerii cererii de apel la instanța a cărei hotărâre se atacă, instituită prin art. 471 alin. (1) NCPC, este similară cu sancțiunea nulității impusă prin art. 288 alin. (2) VCPC, declarată neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale nr. 303/2009 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 288 alin. (2) VCPC⁷, care reglementa depunerea apelului.*

Sesizată cu excepția de neconstituționalitate a sancțiunii nulității pentru depunerea apelului la instanța necompetentă, Curtea Constituțională, făcând trimitere la jurisprudența sa anterioară⁸, a reținut că „*În lumina acestor considerente, Curtea Constituțională constată că prevederea cuprinsă în art. 302 C. pr. civ., prin care se sancționează cu nulitate absolută depunerea recursului la altă instanță decât aceea a cărei hotărâre se atacă, apare ca un formalism inacceptabil de rigid, de natură să afecteze grav efectivitatea exercitării căii de atac și să restrângă nejustificat accesul liber la justiție. Sancțiunea este cu atât mai nejustificată cu cât eroarea depunerii recursului la însăși instanța competentă să judece recursul ori la altă instanță decât aceea a cărei hotărâre se atacă este imputabilă nu numai recurentului, ci și magistratului sau funcționarului care primește cererea de recurs greșit îndreptată, deși are posibilitatea să-l îndrume pe cel în cauză în sensul prevăzut de lege. În sensul celor arătate, Curtea reține că aplicarea principiilor constituționale privind accesul liber la justiție și folosirea căilor de atac impune ca toate cererile greșit îndreptate să fie transmise jurisdicției competente să le soluționeze. (...) Întrucât argumentele care au fundamentat adoptarea deciziei sus-menționate sunt aplicabile, prin analogie, și în speța de față, Curtea va admite critica de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 288 alin. (2) C. pr. civ.*”

Considerentele Curții Constituționale rămân valabile și sub imperiul art. 471 alin. (1) NCPC deoarece „*aplicarea principiilor constituționale privind accesul liber la justiție și folosirea*

⁷ Publicată în M. Of. nr. 239 din 2009.

⁸ Dec. nr. 737/2008 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 302 VCPC, publicată în M. Of. nr. 562 din 25 iulie 2008.

căilor de atac impune ca toate cererile greșit îndreptate să fie transmise jurisdicției competente să le soluționeze” și după intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă. Chiar dacă art. 471 alin. (1) NCPC a instituit regula depunerii apelului la instanța a cărei hotărâre se atacă sub sancțiunea nulității din rațiuni care țin de buna administrare a justiției și de celeritatea soluționării acestei căi de atac, ignoră complet considerentele instanței de contencios constituțional. Nu pot fi de acord cu faptul că exigențele impuse de Curtea Constituțională au fost respectate prin teza finală a art. 425 alin. (3) NCPC, conform cărora în dispozitivul hotărârii trebuie să se menționeze și instanța la care se depune cererea pentru exercitarea căii de atac atunci când hotărârea este supusă apelului sau recursului⁹. Curtea Constituțională nu face referire în decizia sa la judecătorii care pronunță hotărârea supusă căii de atac, ci la magistratul care primește cererea greșit îndreptată „*deși are posibilitatea să-l îndrume pe cel în cauză în sensul prevăzut de lege*”.

Aparent, o eventuală decizie a Curții Constituționale prin care se va constata neconstituționalitatea sintagmei „*sub sancțiunea nulității*” din art. 471 alin. (1) NCPC ar transforma o nulitate expresă într-o nulitate virtuală, ceea ce ar produce efecte doar cu privire la proba vătămării, prezumate în cazul nulității exprese, respectiv care trebuie dovedită în cazul nulității virtuale, conform art. 175 alin. (2) NCPC. În acest sens, profesorul Ciobanu, referindu-se la jurisprudența Curții Constituționale în această materie, a notat faptul că „*judecătorii constituționali nu au observat faptul că, declarând neconstituțională sintagma «sub sancțiunea nulității», nu era îndepărtată sancțiunea nulității, ci se transforma nulitatea expresă într-o nulitate virtuală, cu implicații numai asupra probei vătămării*”¹⁰.

În realitate, însă, Curtea Constituțională, în cuprinsul deciziei sale, se referă și la această vătămare, stabilind că o cerere de recurs greșit îndreptată nu este susceptibilă să fie vătămătoare atât timp cât principiile constituționale privind liberul acces la justiție și folosirea căilor de atac impun „*ca toate cererile greșit îndreptate să fie transmise jurisdicției competente să le soluționeze*”, fiind bine cunoscut faptul că în cazul deciziilor Curții Constituționale sunt obligatorii atât dispozitivul, cât și considerentele acestora, chiar și sub imperiul vechiului Cod de procedură civilă. Această lipsă a vătămării prezintă o mai puțină importanță pe plan conceptual față de efectele concrete ale art. 471 alin. (1) teza finală NCPC, atât timp cât textul de lege impune sancțiunea nulității condiționată de producerea unei vătămări, chiar dacă aceasta este prezumată, în urma unei simple analize instanța competentă să soluționeze apelul va constata că prin depunerea greșită a cererii de apel nu s-a produs nicio vătămare care să nu poată fi înlăturată prin transmiterea cererii greșit îndreptate jurisdicției competente. Cu siguranță o astfel de practică va întârzia o eventuală sesizare a Curții Constituționale cu privire la neconstituționalitatea prevederilor art. 471 alin. (1) teza finală NCPC.

⁹ Pentru această opinie, v. F.A. Baias, V. Belegante, T.C. Briciu, V.M. Ciobanu (coord.), C.C. Dinu, B. Dumitrache, G. Florea, M. Fodor, I. Gîlcă, D. Ghinoiu, C. Irimia, A. Nicolae, M. Nicolae (coord.), E. Oprina, A. Rădoi, M. Stancu, A. Ștefănescu, M. Tăbârcă, N. Turcu, M. Ursuța, G.-L. Zidaru, *op. cit.*, p. 1068.

¹⁰ A se vedea V.M. Ciobanu, *Unele aspecte privind cererea de apel și efectele ei*, în *In Honorem Corneliu Bîrsan*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 485.

III. Regularizarea cererii de apel

În ceea ce privește regularizarea cererii de apel, aceasta se face în raport de conținutul cererii de apel stabilit prin art. 470 NCPC în cadrul procedurii de pregătire a dosarului de apel. Astfel, trebuie subliniat că, în conformitate cu prevederile art. XIII din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă¹¹, în procesele începute până la data de 31 decembrie 2016¹² nu se aplică procedura stabilită prin art. 471 alin. (3)-(8) NCPC, ci cea reglementată prin art. XIV-XVI din Legea nr. 2/2013. Această procedură este similară celei stabilite prin vechiul Cod de procedură civilă; astfel, apelul se depune la instanța a cărei hotărâre se atacă, fără ca legea să impună sancțiunea nulității [art. XIV alin. (1) din Legea nr. 2/2013], iar după expirarea termenului de apel, acesta se înaintează, împreună cu dosarul cauzei, instanței competente să-l soluționeze. Eventualele lipsuri ale cererii de apel sunt comunicate apelantului de către instanța competentă să soluționeze calea de atac, acesta având obligația de a completa sau modifica cererea de apel în termen de cel mult 10 zile de la data comunicării, fără ca legea să impună în mod expres o sancțiune [art. XV alin. (2) din Legea nr. 2/2013].

Ulterior, cererea de apel și motivele de apel se comunică intimatului de către instanța de apel, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune întâmpinare în termen de 15 zile de la data comunicării [art. XV alin. (3) din Legea nr. 2/2013], întâmpinarea comunicându-se apelantului, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune răspuns la întâmpinare în termen de cel mult 10 zile de la data comunicării, intimatul luând cunoștință de acesta de la dosarul cauzei [art. XV alin. (4) din Legea nr. 2/2013], primul termen de judecată urmând să fie de cel mult 60 de zile de la data rezoluției emise de către judecător în termen de 3 zile de la data depunerii răspunsului la întâmpinare [art. XV alin. (6) din Legea nr. 2/2013], respectiv de cel mult 60 de zile de la data rezoluției judecătorului emise la data expirării termenului pentru depunerea întâmpinării respective a răspunsului la întâmpinare [art. XV alin. (7) din Legea nr. 2/2013]. Apelul incident și provocat se depun de către intimat, odată cu întâmpinarea, la apelul principal [art. XVI alin. (1) din Legea nr. 2/2013], apelul provocat urmând să fie comunicat și intimatului din acest apel, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune întâmpinare în termen de 10 zile de la data comunicării, despre conținutul căreia, cel care a formulat apelul provocat va lua cunoștință de la dosarul cauzei [art. XVI alin. (1) din Legea nr. 2/2013].

În procesele începute după data de 31 decembrie 2016, conform art. XIII din Legea nr. 2/2013, se aplică dispozițiile art. 471 alin. (3)-(8) NCPC referitoare la pregătirea dosarului de apel. În esență, instanța a cărei hotărâre se atacă pregătește dosarul de apel pentru

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 89 din 12 februarie 2013.

¹² Potrivit alin. (1) al art. unic din O.U.G. nr. 62 din 23 decembrie 2015, publicată în M. Of. nr. 964 din 24 decembrie 2015, termenele prevăzute la art. XII alin. (1), art. XIII teza I, art. XVIII alin. (1) și art. XIX alin. (1) din Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 89 din 12 februarie 2013, cu modificările ulterioare, se prorogă până la data de 1 ianuarie 2017.

instanța superioară după cum urmează: după primirea cererii de apel, dacă aceasta nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege, i se pune în vedere să completeze sau să modifice cererea de apel înăuntrul termenului de apel, președintele instanței a cărei hotărâre se atacă sau persoana desemnată de acesta putând să acorde un termen scurt, de cel mult 5 zile, de la expirarea termenului de apel, în care să completeze sau să se modifice cererea de apel, dacă apreciază că intervalul rămas până la expirarea termenului de apel nu este suficient [art. 471 alin. (3) NCPC].

Ulterior, președintele instanței a cărei hotărâre se atacă va dispune comunicarea apelului și a motivelor de apel intimatului punându-i în vedere că are obligația de a depune întâmpinare în termen de cel mult 15 zile de la data comunicării [art. 471 alin. (5) NCPC], întâmpinarea urmând să îi fie comunicată apelantului, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune răspuns întâmpinării în termen de cel mult 10 zile de la data comunicării. Apelul incident și provocat se depun de către intimat odată cu întâmpinarea la apelul principal în termen de 15 zile de la data comunicării apelului de către instanța a cărei hotărâre se atacă [art. 474 alin. (1) NCPC], apelul provocat urmând să fie comunicat și intimatului din acest apel, care nu este parte în apelul principal, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune întâmpinare în termen de 15 zile de la data comunicării apelului provocat, despre conținutul acesteia, cel care a formulat apelul provocat urmând să ia cunoștință de la dosarul cauzei [art. 474 alin. (2) NCPC].

După împlinirea tuturor termenelor, dosarul, împreună cu apelurile făcute, întâmpinarea, răspunsul la întâmpinare și dovezile de comunicare ale acestora, se comunică instanței de apel. Instanța de apel, după ce primește dosarul, va fixa primul termen de judecată, care urmează să fie de cel mult 60 de zile de la data rezoluției președintelui instanței de apel sau a persoanei desemnate de către acesta, prin care a luat măsuri în vederea repartizării aleatorii a dosarului [art. 475 alin. (2) NCPC]. Deosebiri sunt substanțiale, în sistemul noului Cod de procedură civilă instanța a cărei hotărâre se atacă pregătește întreg dosarul pentru judecata în apel, având atribuții atât cu privire la regularizarea cererii de apel, stabilind eventualele lipsuri ale cererii de apel și punându-i în vedere apelantului să își completeze sau să își modifice cererea, cât și cu privire la comunicarea actelor de procedură aferente judecătii în apel – apel principal, întâmpinare, răspuns la întâmpinare, apel incident, apel provocat – către toate persoanele interesate. În sistemul vechiului Cod de procedură civilă, perpetuat prin Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, instanța a cărei hotărâre se atacă nu are niciuna dintre aceste atribuții, la aceasta trebuind doar să se depună cererea și motivele de apel, care vor fi înaintate instanței de apel împreună cu dosarul cauzei.

Vorbind strict de regularizarea cererii de apel, întrebarea care se pune, pentru moment la nivel teoretic, este în ce măsură sunt aplicabile cererii de apel dispozițiile art. 200 NCPC referitoare la verificarea, regularizarea și anularea cererii de chemare în judecată. Astfel spus, *în ce măsură neîndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru cererea de apel poate conduce la anularea acesteia în temeiul art. 200 alin. (4) NCPC aplicabil în temeiul art. 482 NCPC, conform căruia „dispozițiile de procedură privind judecata în primă instanță se aplică*

și în instanța de apel, în măsura în care nu sunt potrivnice celor cuprinse în prezentul capitol". Totodată, se pune întrebarea cine va dispune anularea cererii de apel având în vedere că pregătirea dosarului de apel o face instanța a cărei hotărâre se atacă. S-a opinat astfel că „art. XV alin. (2) din Legea nr. 2/2013 reglementează o procedură specifică de regularizare aplicabilă căilor de atac, fără ca legiuitorul să activeze aplicarea în acest context a art. 200 C. pr. civ. (...) nu se justifică aplicarea dispozițiilor art. 200 C. pr. civ. în cadrul procedurii de regularizare a cererii de apel sau recurs. Art. XV alin. (1) din Legea nr. 2/2013 reglementează o procedură specifică de regularizare aplicabilă căilor de atac, fără ca legiuitorul să activeze aplicarea în acest context a art. 200 C. pr. civ. Nu se justifică aplicarea art. 200 C. pr. civ. nici ulterior datei de 1 ianuarie 2016, eventuala nulitate rezultată din vicii ale cererii de apel urmând a fi dispusă la termenul de judecată acordat în condițiile art. 475 alin. (2) C. pr. civ. (...) de lege lata nu se aplică dispozițiile art. 200 C. pr. civ. pentru cererile de apel și cererile de recurs, în cazul acestora efectuându-se doar regularizarea potrivit dispozițiilor art. 471 și 490 alin. (2) C. pr. civ. (pentru aceste căi de atac sunt reglementate sancțiuni specifice: anularea pentru lipsa semnăturii, decăderea pentru nedepunerea probelor etc., iar nu sancțiunea prevăzută de art. 200 din cod)”¹³. În același sens, dar mai puțin categoric, s-a opinat că „procedura de verificare și de regularizare a cererii de apel, [este] reglementată în mod distinct de cea prevăzută la art. 200 NCPC, prin art. 471 alin. (3) NCPC”¹⁴.

În sens contrar, dar cu o nuanță extrem de importantă, s-a susținut că „NCPC stabilește în art. 471 că procedura de regularizare a cererii de apel are loc chiar la instanța care a pronunțat hotărârea atacată. Această regulă excludea posibilitatea pronunțării unei sancțiuni precum anularea de către chiar instanța care a pronunțat hotărârea. Anularea pentru nerespectarea condițiilor formale ale cererii de apel urma să fie aplicată de către instanța de apel, după trimiterea dosarului la această instanță, cu citarea părților. În prezent, până la 1 ianuarie 2016¹⁵, procedura prevăzută de art. 471 NCPC nu este aplicabilă. Prin Legea nr. 2/2013 s-a prevăzut că procedura de regularizare a cererii de apel se face la instanța de apel, de către chiar completul desemnat aleatoriu să judece apelul. Dispozițiile art. 200 NCPC nu mai sunt incompatibile. Era exclus ca instanța care a pronunțat hotărârea atacată, după ce s-a dezinvestit, să mai procedeze la anularea cererii de apel ca informă, dar nu este cu nimic potrivit noilor dispoziții procedurale ca nulitatea cererii de apel informe să fie aplicată de instanța de apel, în cadrul procedurii de regularizare prevăzute de art. XV din Legea nr. 2/2013, prin aplicarea, în completare a art. 200 NCPC”¹⁶. În esență, toate punctele de vedere converg în sensul incompatibilității dispozițiilor art. 200 cu cele ale art. 471

¹³ A se vedea *Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile de la nivelul Înaltei Curți de Casație și Justiție și președinții secțiilor civile de la nivelul curților de apel, Craiova, 20-21 martie 2014*, publicată pe site-ul CSM (www.csm.ro) în data de 7 aprilie 2014.

¹⁴ A se vedea S. Florea, *Considerații privind regimul juridic aplicabil cererii de apel potrivit NCPC*, publicat online: <http://www.juridice.ro/285942/consideratii-privind-regimul-juridic-aplicabil-cererii-de-apel-potrivit-ncpc.html>

¹⁵ 1 ianuarie 2017, potrivit alin. (1) al art. unic din O.U.G. nr. 62 din 23 decembrie 2015, publicată în M. Of. nr. 964 din 24 decembrie 2015.

¹⁶ A se vedea V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, *Câteva reflecții cu privire la soluțiile din doctrină și jurisprudență privind unele probleme ivite în aplicarea NCPC*, 2014, <http://www.juridice.ro/325265/cateva-reflectii-cu-privire-la-solutiile-din-doctrina-si-jurisprudenta-privind-unele-probleme-ivite-in-aplicarea-ncpc.html>

alin. (3) și ale art. 475 NCPC, putându-se vorbi cel mult, în opinia unor autori, de compatibilitatea art. 200 cu dispozițiile art. XV din Legea nr. 2/2013 aplicabilă proceselor începute după 31 decembrie 2016, datorită faptului că regularizarea cererii de apel în aceste litigii o face chiar completul desemnat să soluționeze această cale de atac.

Nu împărtășesc niciuna dintre aceste opinii. În primul rând, nu trebuie uitat că în sistemul noului Cod de procedură civilă excluderea mecanismului instituit prin art. 200 NCPC s-a făcut printr-o dispoziție expresă. Spre exemplu, în cazul contestației la executare, art. 717 alin. (1) NCPC stabilește că dispozițiile art. 200 nu sunt aplicabile. Totodată, consider că dispozițiile art. 200 pot fi în aceeași măsură considerate ca fiind compatibile, respectiv incompatibile cu regularizarea cererii de apel, indiferent că aceasta este parcursă în fața instanței a cărei hotărâre se atacă, conform art. 471 alin. (3)-(6) NCPC, sau în fața instanței de apel conform art. XV alin. (2)-(7) din Legea nr. 2/2013. Criteriul care determină compatibilitatea sau incompatibilitatea art. 200 NCPC ține de natura mecanismului juridic pe care-l implementează în cadrul procedurii de verificare și de regularizare, iar nu de instanța în fața căreia se derulează procedura de verificare și de regularizare.

Esența art. 200 NCPC este redată cel mai bine de una dintre tezele acestui act normativ conform căreia „Cartea a II-a a Codului de procedură civilă, dedicată procedurii contencioase, în fața primei instanțe și în căile de atac, va fi regândită astfel încât să crească eficiența activității de judecată și să se reducă durata procesului civil, cu asigurarea tuturor garanțiilor procesuale”¹⁷. Altfel spus, noul Cod de procedură civilă nu s-a limitat să impună obligativitatea unor elemente ale cererii de chemare în judecată (prin art. 194 NCPC) sau ale cererii de apel (prin art. 470 NCPC), ceea ce făcea și vechiul Cod de procedură civilă prin art. 287 – referitor la cuprinsul cererii de apel – și art. 112 – referitor la cuprinsul cererii de chemare în judecată –, ci a instituit o procedură obligatorie de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată stabilită prin art. 200 NCPC a cărei nerespectare atrage anularea cererii, față de procedura de regularizare facultativă stabilită prin art. 114 VCPC, a cărei nerespectare atrăgea suspendarea acesteia¹⁸.

Noul Cod de procedură civilă și-a propus o bună desfășurare a judecării printr-o circumscriere riguroasă a obiectului sesizării, iar această exigență subzistă atât în primă instanță, cât și în apel. Deosebirea majoră constă în faptul că, în cazul judecării în primă instanță, obiectul procedurii de verificare și regularizare este mult mai amplu, față de cel din apel, datorită faptului că elementele necesare derulării litigiului au fost deja clarificate în cursul judecării în primă instanță. De aceea, și această analiză este una mai mult teoretică, dar importantă totuși, cel puțin pentru a determina aplicabilitatea concretă în apel a normelor referitoare la judecata în primă instanță. Din punct de vedere al naturii mecanismului juridic pe care-l implementează în cadrul procedurii de verificare și de regularizare, compatibilitatea art. 200 NCPC în cazul apelului trebuie analizată punctual, iar nu într-o manieră generală, pentru că la o simplă lectură a textelor de lege se observă

¹⁷ Adoptat prin H.G. nr. 1527/2007 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului Codului de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 889 din 27 decembrie 2007.

¹⁸ A se vedea G.-L. Zidaru, *Unele aspecte privind regularizarea cererii de chemare în judecată și noua reglementare a taxelor judiciare de timbru*, în RRDP nr. 3/2013, p. 151.

diferențe foarte clare, cea mai importantă constând în faptul că, în cazul cererii de chemare în judecată, procedura de verificare și de regularizare este parcursă în fața primei instanțe, aceasta fiind competentă să dispună anularea cererii de chemare în judecată conform art. 200 alin. (4) NCPC, față de cererea de apel a cărei procedură de verificare și de regularizare este parcursă în fața instanței a cărei hotărâre se atacă, aceasta neputând însă să dispună anularea cererii de apel, deoarece s-ar ajunge la o încălcare a dispozițiilor legale care permit formularea unei căi de atac, în speță cea a apelului, accesul părților la instanța de apel ajungând să fie blocat ca urmare a unei a doua hotărâri a aceleiași primei instanțe, a cărei primă hotărâre formează obiectul căii de atac¹⁹.

În realitate, compatibilitatea este una punctuală, legată de posibilitatea, respectiv de imposibilitatea instanței de apel de a pronunța o încheiere de anulare a apelului, în camera de consiliu, în temeiul dispozițiilor art. 200 alin. (4) coroborate cu art. 482 NCPC. Sub imperiul Legii nr. 2/2013, posibilitatea pronunțării unei astfel de încheieri de către instanța de apel trebuie raportată la dispozițiile art. XV alin. (2) – care se referă la verificarea și regularizarea cererii de apel – și ale alin. (6) – care se referă la fixarea primului termen de judecată în apel. Sub imperiul noului Cod de procedură civilă, posibilitatea pronunțării unei încheieri de anulare a apelului în camera de consiliu, fără citarea părților, trebuie raportată la dispozițiile art. 475 alin. (2) NCPC referitoare la fixarea primului termen de judecată în apel.

Altfel spus, posibilitatea anulării apelului printr-o încheiere dată în camera de consiliu trebuie raportată la textele de lege care reglementează fixarea primului termen de judecată în apel, art. XV alin. (2) din Legea nr. 2/2013 pentru litigiile începute până în 31 decembrie 2016 și art. 475 alin. (2) NCPC pentru litigiile începute după această dată. Cele două texte de lege sunt similare, niciunul nerecunoscând în mod expres instanței de apel prerogativa emiterii unei încheieri prin care să se anuleze cererea de apel, în camera de consiliu, anterior fixării primului termen de judecată în apel. Faptul că procedura de verificare și de regularizare a litigiilor începute până în 31 decembrie 2016 are loc în fața instanței de apel este irelevant pentru problema analizată. Acceptând că procedura generală de verificare și regularizare instituită prin art. 200 NCPC pentru cererile de chemare în judecată este incompatibilă și inaplicabilă cererii de apel, care are o procedură specială de verificare și de regularizare stabilită prin art. 471 NCPC, este greu de crezut că aceeași procedură generală ar putea fi compatibilă într-o situație de excepție care corespunde unei ipoteze tranzitorii (litigiile începute până în data de 31 decembrie 2015) reglementată special prin Legea nr. 2/2013, care la rândul ei are o procedură specială de verificare și de regularizare a cererii de apel prin art. XV din acest act normativ.

În realitate, procedura regularizării este obligatorie atât în primă instanță, cât și în apel, art. 200 alin. (4) NCPC, aplicabil în apel prin art. 482 NCPC, nefăcând altceva decât să sublinieze caracterul obligatoriu al acesteia, reglementând atât sancțiunea (anularea), cât

¹⁹ Relevantă este și jurisprudența Curții Constituționale din România referitoare la garantarea exercitării căilor de atac prin art. 129 din Constituția României amintită. A se vedea A. Speriusi-Vlad, *Apelul în procesul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, pp. 18-23, pct. 1.2.2. – Jurisprudența actuală a Curții Constituționale.

și modul în care aceasta este aplicată (în camera de consiliu fără citarea părților) în cazul nerespectării dispozițiilor referitoare la conținutul cererii de apel, aparent similare cu cele din vechea reglementare. Imperativul căruia îi răspunde art. 200 NCPC este evitarea comunicării „către partea adversă a unor cereri informale, cu cheltuieli aferente angajării unui avocat, precum și introducerea în circuitul procesual al instanțelor a unor asemenea cereri”²⁰, iar acesta se regăsește și în etapa judecătii apelului, nu doar în cazul judecătii în primă instanță. Implementarea unui mecanism care să sancționeze nerespectarea dispozițiilor exprese ale legii referitoare la conținutul cererii de apel (art. 470 NCPC) și la termenele în care cererea de apel poate fi completată sau modificată, prevăzute foarte strict, respectiv cel mult 5 zile de la expirarea termenului de apel, în condițiile art. 471 alin. (3) NCPC, este esențial pentru scoaterea în evidență a caracterului obligatoriu al acestor dispoziții, în caz contrar putându-se ajunge cu ușurință la concluzia că aceste dispoziții ar fi facultative²¹. Constatarea apelului ca fiind informal, anterior fixării primului termen de judecată, este esențială.

Faptul că depunerea actelor aferente procedurii de regularizare a apelului se desfășoară în fața instanței a cărei hotărâre se atacă este irelevant atât timp cât anularea cererii de apel o face în mod obligatoriu instanța de apel după ce i s-a comunicat dosarul cauzei de către instanța a cărei hotărâre se atacă, anterior fixării primului termen de judecată. În ceea ce privește procedura verificării și regularizării cererii de apel, nu se poate susține că în apel noul Cod de procedură civilă a instituit o procedură de verificare și de regularizare a cererii de apel diferită de cea a cererii de chemare în judecată care face inaplicabile dispozițiile art. 200 alin. (4) NCPC. Diferența între cele două proceduri este una inherentă pregătirii diferite a dosarului pentru judecata în primă instanță față de pregătirea judecătii în apel.

În cadrul pregătirii dosarului pentru judecata în primă instanță, trebuie lămurite toate elementele cererii de chemare în judecată necesare declanșării procesului civil, această procedură „administrativă” putând fi coordonată doar de către completul căruia i s-a repartizat în mod aleatoriu cauza, în timp ce în cadrul pregătirii dosarului pentru judecata în apel trebuie lămurite doar acele elemente necesare continuării procesului în apel, aceasta putându-se realiza sub coordonarea instanței a cărei hotărâre se atacă, instanța de apel rămânând competentă să dispună anularea cererii de apel. Sancțiunea anulării care poate interveni anterior fixării primului termen de judecată, conform art. 200 alin. (4) NCPC, scoate în evidență obligativitatea respectării dispozițiilor referitoare la conținutul cererii de apel [art. 470 alin. (1) lit. b) NCPC] și a celor referitoare la termenul limită pentru completarea sau modificarea cererii de apel [teza finală a art. 471 alin. (3) NCPC], cu atât mai mult cu cât eventualul apel formulat peste termen este lovit de nulitate, conform art. 185 alin. (1) NCPC, iar spre deosebire de reglementarea anterioară, lipsurile pot fi complinite

²⁰ A se vedea H.G. nr. 1527/2007 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului Codului de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 889 din 27 decembrie 2007.

²¹ În acest sens, la fel de bine se poate considera că procedura verificării și regularizării cererii de chemare în judecată ar fi facultativă, întrucât nu există o sancțiune pentru încălcarea dispozițiilor art. 200 NCPC. A se vedea G.-L. Zidaru, *Unele aspecte privind regularizarea cererii de chemare în judecată și noua reglementare a taxelor judiciare de timbru*, în RRDP, nr. 3/2013, p. 153.

numai în condițiile stabilite de lege, și nu la primul termen la care părțile sunt legal citate²² (termen care înlocuiește prima zi de înfățișare), ceea ce este benefic pentru celeritatea soluționării apelului.

Atât timp cât regularizarea cererii de chemare în judecată și a cererii de apel răspund aceluiași imperative, nu există nicio justificare obiectivă pentru aplicarea diferită a sancțiunii anulării cererii, cu atât mult cu cât aplicarea prevederilor art. 200 alin. (4) NCPC nu este exclusă în procedura apelului. Totodată, trebuie subliniat că nulitatea care intervine în cazul nerespectării cerințelor din procedura de regularizare a cererii de chemare în judecată nu este diferită de nulitatea care intervine în cazul nerespectării cerințelor din procedura de regularizare a cererii de apel. Fără a intra într-o analiză mult prea minuțioasă a procedurii regularizării cererii de chemare în judecată și a sancțiunii nulității care o însoțește, trebuie avut în vedere că prin acest mecanism juridic se urmărește ca cererea să nu intre în circuitul procesual al primei instanțe, respectiv al instanței de apel, considerându-se că prin simpla comunicare și citare a părții adverse ea este vătămătoare. Aceasta este rațiunea pentru care aplicarea sancțiunii anulării, în cameră de consiliu, anterior fixării primului termen de judecată, este esențială pentru procedura regularizării, astfel cum este ea instituită în sistemul noului Cod de procedură civilă. Spre exemplu, în cazul formulării unui apel împotriva unei hotărâri care nu a fost (nici măcar) pronunțată, citarea intimatului în fața instanței de apel este de natură să-l prejudicieze cel puțin cu cheltuielile aferente angajării unui avocat pentru reprezentarea în fața instanței de apel, ceea ce nu se întâmplă dacă instanța de apel anulează cererea de apel imediat după primirea dosarului de la instanța a cărei hotărâre se atacă, printr-o încheiere pronunțată în cameră de consiliu. *Sancțiunea nulității aferentă procedurii de regularizare, urmărește soluționarea cererii informe în raport de lipsurile acesteia fără pronunțarea unei soluții pe fond.* Anularea cererii trebuie întotdeauna să fie dispusă în raport de reglementarea generală a nulității. Nulitatea este o sancțiune extremă, care intervine numai dacă nu este posibilă înlăturarea vătămării în alt mod, în cazul nulităților exprese, vătămarea fiind prezumată, însă partea interesată poate face dovada contrară. Modul în care se poate face dovada contrară sau se poate îndrepta neregularitatea depinde de datele concrete ale fiecărei spețe²³.

Prin depunerea apelului se produc anumite efecte asupra procedurii judiciare. În primul rând, instanța de apel este investită cu soluționarea acestei căi de atac, în limitele a ceea ce s-a apelat, ea neputând în nicio situație să se sesizeze din oficiu cu privire la controlul hotărârii primei instanțe, putând cel mult (în anumite situații și cazuri speciale) să controleze hotărârea atacată și dincolo de ceea ce s-a apelat. Cererea de apel formulată în termen produce un efect suspensiv de executare și astfel hotărârea primei instanțe nu va putea fi pusă în executare silită, cu excepția celor executorii provizorii de drept, conform art. 448 NCPC, sau pronunțate cu executare provizorie judecătorească, conform art. 449 NCPC, în aceste caz putându-se cere însă suspendarea executării provizorii a hotărârii primei instanțe conform art. 450 alin. (1) NCPC.

²² A se vedea V.M. Ciobanu, *Unele aspecte privind cererea de apel și efectele ei*, în *In Honorem Corneliu Bîrsan*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 483.

²³ *Ibidem*, p. 482.

Considerații privind condițiile de fond ale adopției în reglementarea noului Cod civil

Alina Doina TĂNASE*

Avocat, Baroul Timiș

Abstract

Along with the entry into force of the new Civil Code, it is offered a different perspective on the process of adoption, which fulfils an important social and family role, by ensuring that the adoptee it is offered an appropriate protection in an adequate environment at home.

The present paper aims to inform the readers about certain aspects regarding the substantive conditions of the process of adoption, in accordance with the provisions of the new Civil Code and of Law no. 273/2004. For this purpose, the article highlights all the legal requirements that must be met by the people involved in the process of adoption, so that it is considered valid, as well as the sanction that is to be imposed if the provisions are not met.

Keywords: *substantive conditions of adoption, adopter, adoptee, consent, certificate, General Direction for Social Assistance and Child Protection, filiation, guardianship court*

Rezumat

Noul Cod civil aduce, odată cu intrarea sa în vigoare, o nouă perspectivă asupra instituției adopției, aceasta îndeplinind un important rol social și familial, asigurând persoanei adoptate ocrotirea corespunzătoare într-o atmosferă familială adecvată.

Articolul de față își propune să aducă în atenția cititorilor câteva aspecte legate de condițiile de fond ale instituției adopției, în conformitate cu dispozițiile noului Cod civil și ale Legii nr. 273/2004. În acest sens, sunt reliefate toate cerințele legale ce trebuie a fi îndeplinite de către persoanele implicate în procedura adopției, pentru ca aceasta să fie încheiată în mod valabil, precum și sancțiunea care intervine în cazul nerespectării dispozițiilor incidente.

Cuvinte-cheie: *condițiile de fond ale adopției, adoptator, persoană adoptată, consimțământ, atestat, direcția generală de asistență socială și protecția copilului, filiație, instanța de tutelă*

* tanasealinadoina@gmail.com

1. Prolegomene

Prezentul studiu are ca obiect de analiză condițiile de fond ale adopției din perspectiva noului Cod civil și a Legii nr. 273/2004¹, având în vedere modificările de ordin juridic ce au intervenit odată cu intrarea în vigoare a acestor acte normative.

Într-o definiție cuprinzătoare, adopția reprezintă un act juridic *sui generis*, esențialmente civil și solemn, în temeiul căruia, cu respectarea ordinii publice și a bunelor moravuri, încetează pentru viitor legătura de filiație dintre copil și părinții lui firești și se stabilește legătura de filiație civilă între adoptat și adoptator sau soții adoptatori, precum și legătura de rudenie între adoptat și descendenții acestuia, pe de o parte, și rudele adoptatorului sau familiei adoptatoare, pe de altă parte.

Adopția are o natură juridică complexă, care trebuie analizată din prisma a trei coordonate.

Privită ca o operațiune juridică, adopția presupune un ansamblu de proceduri legale, prin care aceasta are loc.

Dacă ne referim la instituția juridică a adopției, aceasta cuprinde totalitatea normelor juridice referitoare la încheierea, efectele și încetarea ei, iar din punct de vedere al raportului juridic, adopția reprezintă legătura de filiație care ia naștere între adoptat și adoptator ca urmare a încuviințării acesteia.

Încuviințarea adopției este supusă unor cerințe impuse de finalitatea acestei instituții, respectiv asigurarea protecției alternative a copilului.

La ora actuală, instituția adopției și implicit condițiile de fond ale acesteia sunt reglementate atât în noul Cod civil, în Capitolul III din Titlul III al Cărții a II-a, cât și în Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, republicată în M. Of. nr. 739 din 23 septembrie 2016, cu modificările și completările ulterioare.

Normele juridice privitoare la condițiile de fond ale adopției se regăsesc și în acte normative internaționale la care România este parte, respectiv: Convenția europeană în materia adopției de copii, încheiată la data de 24 aprilie 1967 la Strasbourg, la care România a aderat prin Legea nr. 15/1993²; Convenția asupra protecției copiilor și cooperării în materia adopției internaționale, încheiată la Haga la data de 29 mai 1993, la care țara noastră a aderat prin Legea nr. 84/1994, și Convențiile de cooperare încheiate de România cu diverse state în materia adopției.

Condițiile de fond reprezintă cerințe stipulate în mod expres de lege, ce urmează a fi îndeplinite, după caz, de către adoptat sau adoptator ori de către ambii.

Cu alte cuvinte, condițiile de fond sunt acele stări de drept, în raport cu care trebuie să se conformeze persoanele prevăzute de lege pentru ca adopția să se încheie în mod valabil.

¹ Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, republicată în M. Of. nr. 739 din 23 septembrie 2016, cu modificările și completările ulterioare.

² Convenția a fost revizuită în data de 27 noiembrie 2008 și a fost ratificată de România prin Legea nr. 138/2011.

Din analiza dispozițiilor noului Cod civil și ale Legii nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției, se poate stabili că, pentru încuviințarea valabilă a adopției, se impun a fi întrunite cumulativ următoarele condiții de fond: realizarea adopției în interesul superior al copilului; adoptatul să fie o persoană fără capacitate deplină de exercițiu; să existe consimțământul valabil la adopție al persoanelor prevăzute de lege; frații să fie adoptați de către același adoptator, sau, după caz, de aceeași familie adoptatoare; adoptatul și adoptatorul să nu aibă calitatea de frați; persoanele adoptate de același adoptator/familie adoptatoare să nu aibă între ei calitatea de soți sau de foști soți; adoptatorul să aibă capacitate deplină de exercițiu; adoptatorul să nu sufere de boli psihice sau de handicap mintal; adoptatorul să fie cu cel puțin 18 ani mai în vârstă decât adoptatul; adoptatorul sau familia adoptatoare să îndeplinească garanțiile morale și condițiile materiale necesare dezvoltării depline și armonioase a personalității copilului; adoptatul să nu fie adoptat de mai mulți adoptatori, simultan sau succesiv; să existe consimțământul valabil la adopție al persoanelor prevăzute de legiuitor; adoptatorul să nu fi fost condamnat pentru o infracțiune contra persoanei sau contra familiei, săvârșită cu intenție, precum și pentru infracțiunea de pornografie infantilă și infracțiuni privind traficul de droguri sau precursori; părinții firești ai copilului să aibă vârsta de cel puțin 14 ani.

2. Condițiile de fond ale adopției în reglementarea noului Cod civil și a Legii 273/2004 privind procedura adopției

2.1. Condiții de fond privind persoanele care pot fi adoptate

2.1.1. Interesul superior al copilului

În conformitate cu prevederile art. 454 alin. (1) C. civ., adopția se încuviințează de către instanța de tutelă, dacă este în interesul superior al copilului și sunt îndeplinite toate celelalte condiții prevăzute de lege.

Această condiție de fond reprezintă, în același timp, un principiu ce trebuie respectat în cursul procedurii de încuviințare a adopției³, precum și unul dintre principiile în conformitate cu care urmează să se realizeze promovarea și garantarea tuturor drepturilor copilului⁴.

În contextul adopției, principiul interesului superior al copilului este o aplicație a principiului proclamat prin art. 263 alin. (1) C. civ.⁵, reprezentând, fără putință de tăgadă, ecoul cel mai vocal în ceea ce privește raporturile de familie.

Acest principiu configurează practic o constantă a vieții de familie, care poate deveni variabilă de la caz la caz, pentru a se ajunge la rezultatul propice, care să-i asigure minorului o dezvoltare echilibrată și armonioasă, fiind necesară examinarea cu ochi de chirurg a

³ A se vedea art. 2 lit. a) din Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției.

⁴ A se vedea art. 6 lit. a) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului.

⁵ Conținutul acestui articol de lege este următorul: „Orice măsură privitoare la copil, indiferent de autorul ei, trebuie să fie luată cu respectarea interesului superior al copilului”.

tuturor elementelor descriptive ale situației faptice menite să proclame o decizie în concordanță cu principiul analizat⁶.

Din punctul nostru de vedere, universul interesului superior al copilului nu poate fi observat fără a fi pus într-o legătură indisolubilă, directă, cu dezvoltarea echilibrată a copilului.

Se impune a fi făcută sublinierea că, prin încheierea actului juridic al adopției, este necesar să fie protejate și promovate toate drepturile recunoscute de lege copilului, indiferent de natura patrimonială sau nepatrimonială a acestora.

Fiind vorba despre ocrotirea tuturor drepturilor copilului, vor putea fi satisfăcute o multitudine de interese ale acestuia și nicidecum unul singur, așa cum s-ar deduce din modul de exprimare a legiuitorului⁷.

Facem precizarea că, pentru a fi ocrotite, interesele copilului trebuie să fie licite.

În doctrină⁸ au existat puncte de vedere diferite referitoare la necesitatea încheierii adopției și în interesul adoptatorului.

Potrivit Legii nr. 273/3004, adopția generează legătura de filiație între adoptat și adoptator și, astfel, adoptatorul are, în raport cu copilul adoptat, drepturile și obligațiile părintelui firesc față de copilul său.

Pe cale de consecință, adoptatorul, dobândind drepturile părintelui firesc, are obligația de a le exercita doar în interesul copilului, adică al adoptatului⁹.

Față de aceste dispoziții legale, remarcăm faptul că interesele persoanei adoptate ocupă un loc preeminent în raport cu cele ale adoptatorului. Astfel, chiar dacă interesele lor sunt concordante, nu putem fi de acord cu faptul că această concordanță este una deplină¹⁰.

2.1.2. Vârsta adoptatului

În conformitate cu prevederile art. 455 alin. (1) C. civ., copilul poate fi adoptat până la dobândirea capacității depline de exercițiu¹¹.

Cu toate acestea, potrivit alin. (2) al aceluiași articol mai sus menționat, poate fi adoptată, în condițiile legii, și persoana care a dobândit capacitate deplină de exercițiu, dacă a fost crescută în timpul minorității de către cel care dorește să o adopte.

Legiuitorul instituie prin art. 455 alin. (1) C. civ., limita maximă până la care poate interveni adopția copilului, care coincide cu momentul dobândirii capacității depline de exercițiu.

Prin urmare, adopția poate interveni doar în cazul persoanelor lipsite de capacitate deplină de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă.

⁶ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *Legea nr. 273/2004 privind procedura adopției. Comentarii pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 31 și 32.

⁷ Art. 3 par. 1 din Convenția de la New York se referă la interesele superioare ale copilului atunci când se pune problema luării vreunei decizii care îl privește pe acesta.

⁸ A se vedea D. Lupașcu, *Aspecte teoretice și de practică judiciară privind adopția, cu referire specială la Legea 273/2004*, în *Dreptul* nr. 12/2004, pp. 13 și 19.

⁹ În sensul că adopția trebuie să fie încuviințată și în interesul adoptatorului, a se vedea T.R. Popescu, *Dreptul familiei*, vol. II, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1965, pp. 106 și 107.

¹⁰ Pentru o opinie contrară, a se vedea D. Lupașcu, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ În mod corect, noul Cod civil are în vedere dobândirea capacității depline de exercițiu, iar nu majoratul civil.

Prin alin. (2) al art. 455 C. civ., legiuitorul a instituit o derogare de la regula generală referitoare la vârsta maximă la care adopția poate deveni incidentă. Această excepție se referă la posibilitatea adopției, în condiții legale, și a persoanei majore, cu condiția esențială de a fi fost crescută pe perioada minorității de către adoptator¹².

Excepția instituită prin dispozițiile art. 455 alin. (2) C. civ. comportă unele observații și sublinieri particulare.

În primul rând, norma analizată trebuie coroborată cu prevederile art. 48 din Legea nr. 71/2011, conform cărora dispozițiile mai sus menționate sunt aplicabile și în cazul în care minorul dobândește capacitate de exercițiu anticipată, potrivit art. 40 C. civ.¹³

Astfel, poate fi adoptat minorul căruia instanța de tutelă i-a recunoscut, la cererea sa motivată, capacitate deplină de exercițiu, însă doar în situația în care adopția se realizează de către persoana sau familia care l-a crescut pe acesta în timpul minorității.

În al doilea rând, perioada pe parcursul căreia minorul a beneficiat de întreținere nu trebuie să se suprapună în totalitate cu cea care a curs din momentul nașterii până la majorat. O asemenea interpretare ar fi extrem de restrictivă, deoarece, în acest mod, excepția nu ar fi incidentă în acele ipoteze în care, ulterior nașterii persoanei, dar în timpul minorității ei, aceasta fiind lipsită de ocrotirea părinților săi, a fost încredințată altei persoane sau familii¹⁴.

În al treilea rând, în mod constant s-a decis în jurisprudență că, pentru a justifica adopția majorului, noțiunea de „creștere” trebuie analizată în sensul prevăzut de art. 487 C. civ., adică de îngrijire a sănătății și a dezvoltării fizice, de întreținere, de educare, de învățătură și de pregătire profesională, pe care părinții au datoria să le asigure copilului.

În acord cu propria practică, Instanța Supremă a statuat în sensul că noțiunea de creștere presupune existența anterioară între adoptat și adoptator sau familia adoptatoare a unor raporturi asemănătoare celor dintre părinții și copiii aflați sub ocrotirea lor¹⁵.

Considerăm necesar să menționăm faptul că legiuitorul nu a impus condiția ca adoptatorul sau familia adoptatoare să fi crescut copilul pe întreaga perioadă a minorității, ci ca ocrotirea acestuia să fi avut caracter de continuitate, astfel încât să fie exclusă ideea creșterii ocazionale¹⁶.

Durata lungă și continuitatea sunt reclamate de însăși specificitatea raporturilor dintre părinți și copii, fiind însă necesare și pentru asigurarea unei îngrijiri, întrețineri, educări și pregătiri profesionale corespunzătoare a persoanei adoptate.

Stabilirea existenței, duratei și continuității creșterii adoptatului de către adoptator, vor fi analizate de la caz la caz de către instanța de judecată investită cu o cerere de încuviințare a adopției.

¹² A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 56.

¹³ Conținutul art. 40 C. civ. este următorul: „Pentru motive temeinice instanța de tutelă poate recunoaște minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitatea deplină de exercițiu. În acest scop, vor fi ascultați și părinții sau tutorele minorului, luându-se, când este cazul, și avizul consiliului de familie”.

¹⁴ Spre exemplu, ulterior nașterii copilului, ambii părinți au decedat sau au fost decăzuți din drepturile părintești și, în temeiul art. 110 NCC, acesta a fost pus sub tutelă.

¹⁵ A se vedea TS, S. civ., dec. nr. 364/1975, publicată în RRD nr. 9/1975, p. 72.

¹⁶ A se vedea TS, S. civ., dec. nr. 1011/1970, publicată în CD 1970, p. 202.

2.1.3. Consimțământul părinților/tutorei

Una dintre cele mai importante condiții de fond este cea privitoare la consimțământul părinților firești la adopție.

Având în vedere că nicio persoană nu poate fi constrânsă să renunțe la propriul copil, legiuitorul român a reglementat o procedură specială prin care părinții firești ai persoanei adoptate să își poată exprima consimțământul la încheierea adopției.

Potrivit art. 463 alin. (1) lit. a) C. civ., pentru încuviințarea adopției este necesar consimțământul părinților firești sau, după caz, al tutorei copilului ai cărui părinți firești sunt decedați, necunoscuți, declarați morți sau dispăruți ori puși sub interdicție, în condițiile legii¹⁷.

Părinții firești nu pot fi lipsiți de drepturile și îndatoririle părintești, decât în condițiile legii și, de aceea, adopția trebuie să aibă la bază consimțământul acestora.

În situațiile în care unul dintre părinții firești este necunoscut, decedat, declarat în condițiile legii mort, precum și dacă se află, din orice împrejurare, în imposibilitate de a-și manifesta voința, consimțământul celuilalt părinte este îndestulător. [art. 464 alin. (1) C. civ.]

În schimb, dacă părinții copilului sunt divorțați, este necesar consimțământul ambilor, iar nu numai al părintelui care exercită autoritatea părintească, această condiție desprinzându-se din cuprinsul art. 398 alin. (2) coroborat cu art. 463 C. civ. Acest consimțământ la adopție trebuie exprimat de către părinții firești și în cazul în care după divorțul acestora sau chiar în timpul căsătoriei copilul este încredințat altor persoane.

Condiția de fond referitoare la consimțământul părinților firești se aplică doar în cazul adopției unui minor, nefiind prevăzută de legiuitor în situația adopției persoanei majore, a copilului care, prin încheierea căsătoriei, a dobândit capacitate deplină de exercițiu sau a minorului căruia i s-a recunoscut, în condițiile art. 40 C. civ., capacitate deplină de exercițiu¹⁸.

Așa cum rezultă din prevederile art. 463 alin. (1) lit. a) C. civ., consimțământul tutorei este cerut în mod subsidiar, atunci când ambii părinți sunt, după caz, decedați, necunoscuți, declarați morți sau dispăruți ori puși sub interdicție judecătorească.

O situație aparte este aceea în care părinții firești ai copilului sunt decăzuți din drepturile părintești, caz în care consimțământul la adopție se dă atât de către tutore, cât și de către părinți, soluție expres consacrată în art. 464 alin. (2) C. civ., potrivit căreia părintele sau părinții decăzuți din exercițiul drepturilor părintești ori cărora li s-a aplicat

¹⁷ Anterior, O.U.G. nr. 25/1997 nu a mai prevăzut necesitatea consimțământului tutorei la adopția copilului aflat sub tutelă. Legea nr. 273/2004 a reintrodus această condiție, tradițională în legislația română, corelându-se astfel și cu reglementarea cuprinsă în Convenția europeană asupra adopției copiilor, care în art. 5 pct. 1 lit. a) cere fie consimțământul părinților, fie, în lipsa acestora, consimțământul oricărei persoane sau al oricărui organism abilitat să exercite drepturile părintești. În acest sens, prin Dec. nr. 308 din 12 noiembrie 2002, publicată în M. Of. nr. 78 din 6 februarie 2003, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 7 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din O.U.G. nr. 25/1997 sunt neconstituționale în măsura în care nu prevăd luarea consimțământului oricărei persoane sau al oricărui organism care ar fi abilitat să exercite drepturile părintești, inclusiv a tutorei, conform art. 5 pct. 1 lit. a) din Convenția europeană în materia adopției de copii, încheiată la Strasbourg la data de 24 aprilie 1967, la care România a aderat prin Legea nr. 15/1993.

¹⁸ Prin Dec. CCR nr. 277/2001, publicată în M. Of. nr. 9 din 10 ianuarie 2002, s-a decis că art. 7 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 25/1997 este neconstituțional în ceea ce privește cerința exprimării consimțământului părinților firești la adopția unei persoane care a dobândit capacitate deplină de exercițiu.

pedeapsa interzicerii drepturilor părintești păstrează dreptul de a consimți la adopția copilului, fiind totodată obligatoriu și consimțământul reprezentantului legal al copilului¹⁹.

O altă problemă demnă de luat în seamă se referă la ipoteza în care cel care dorește să adopte este chiar tutorele copilului, având în vedere că acesta va trebui să consimtă la adopție atât ca reprezentant legal al copilului, cât și ca părinte adoptator. În practică, se poate întâlni această situație în care tutorii copilului cu părinți necunoscuți sunt chemați să își dea consimțământul la adopția copilului pe care îl au în îngrijire în baza măsurii de protecție alternativă, aceștia cumulând totodată și calitatea de potențiali adoptatori ai copilului în cauză.

În această situație, suntem de părere că instanțele de judecată ar trebui să aibă un rol activ și să solicite în mod suplimentar exprimarea consimțământului la adopție de către primarul localității unde s-a stabilit domiciliul copilului, având în vedere că suntem în prezența unei contrarietăți de interese în ceea ce privește calitatea deținută în proces de tutori.

Consimțământul părinților firești sau, după caz, al tutorelui trebuie să îndeplinească anumite condiții prevăzute explicit de dispozițiile noului Cod civil, pentru ca adopția să poată fi încheiată în mod valabil.

Conform dispozițiilor art. 465 C. civ., părinții firești ai copilului, sau, după caz, tutorele trebuie să consimtă la adopție în mod liber²⁰ [alin. (1) al art. 479 C. civ.], necondiționat²¹ [alin. (2) al art. 463 C. civ.] și numai după ce au fost informați în mod corespunzător asupra consecințelor adopției, în special asupra încetării legăturilor de rudenie ale copilului cu familia sa de origine²² [alin. (2) al art. 470 C. civ.].

Caracterul necondiționat al consimțământului este în deplină concordanță cu dispozițiile Convenției de la Strasbourg în materie de adopție, care instituie obligația statelor de a lua măsuri pentru interzicerea oricărui câștig provenind din încredințarea unui copil spre adopție.

Pentru a putea consimți la adopție, părintele fireșc al copilului trebuie să aibă discernământ, această cerință desprinzându-se din conținutul prevederilor art. 14¹ din Legea nr. 273/2004, republicată, care interzic adopția copilului ai cărui părinți firești nu au împlinit vârsta de 14 ani.

Autorii noului Cod civil stabilesc, în cuprinsul alin. (1) al art. 466 C. civ., faptul că doar după trecerea unui termen de 60 de zile de la data nașterii copilului părinții firești sau, după caz, tutorele pot consimți la adopție²³.

¹⁹ Atât Codul familiei, cât și O.U.G. nr. 25/1997 au prevăzut că în acest caz nu este necesar consimțământul părinților firești.

²⁰ Caracterul liber al consimțământului presupune ca acesta să nu fie alterat prin eroare, dol sau violență, vicii ale voinței care atrag nulitatea relativă a adopției.

²¹ Consimțământul la adopție în general, al fiecăreia dintre persoanele chemate să se exprime în legătură cu adopția, nu este valabil dacă este dat în considerarea promisiunii sau obținerii efective a unor foloase, indiferent de natura acestora.

²² Consimțământul informat presupune o manifestare de voință în deplină cunoștință de cauză în ceea ce privește efectele încuviințării adopției, îndeosebi cele referitoare la încetarea legăturilor de rudenie firească dintre adoptat și descendenții săi, pe de o parte, și părinții firești, precum și rudele acestora, pe de altă parte.

²³ În reglementarea O.U.G. nr. 25/1997, părinții firești puteau să consimtă la adopție numai după trecerea unui termen de 45 de zile de la data nașterii copilului.

Prin instituirea acestui termen prohibitiv legiuitorul a dorit să ofere părinților o perioadă suficientă de timp în care aceștia să analizeze consecințele care survin odată cu încheierea unei adopții.

Legiuitorul român instituie în favoarea părinților firești sau a tutorelui copilului un drept potestativ, potrivit căruia aceștia își pot revoca consimțământul în termen de 30 de zile de la data exprimării lui în condițiile legii.

Potrivit art. 14 și art. 58 alin. (1) teza I din Legea nr. 273/2004, consimțământul părinților firești sau, după caz, al tutorelui se dă în fața instanței de judecată odată cu soluționarea cererii de deschidere a procedurii adopției, iar în faza de încuviințare a adopției, instanța poate solicita din nou consimțământul la adopție al părinților firești, dacă există indicii că după data la care consimțământul a devenit irevocabil au intervenit elemente noi, de natură să determine revenirea asupra consimțământului inițial.

În ceea ce ne privește, în acord și cu alte opinii exprimate în literatura de specialitate²⁴, considerăm faptul că, indubitabil, consimțământul părinților firești se dă în mod obligatoriu înainte ca instanța de judecată să decidă asupra deschiderii procedurii adopției interne și facultativ înainte ca instanța să decidă asupra încuviințării adopției.

În cazul adopției copilului de către soțul părintelui său există o situație de excepție, în care exprimarea consimțământului de către părintele fireesc are loc în fața instanței de judecată odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției²⁵.

Există și posibilitatea ca părintele fireesc sau tutorele copilului să nu își exprime consimțământul în vederea încheierii adopției, situație în care, potrivit art. 467 C. civ., instanța de tutelă poate trece peste refuzul acestora de a consimți la adopție, dacă se dovedește, cu orice mijloc de probă, că acesta este abuziv și instanța apreciază că adopția este în interesul superior al copilului, ținând seama și de opinia acestuia, dată în condițiile legii, cu motivarea expresă a hotărârii în această privință.

Articolul supus analizei reliefează natura refuzului părinților de a-și da consimțământul la adopția descendentului lor, evidențiind faptul că nu se bucură de o valoare absolută, în sensul în care instanța de tutelă este îndrituită să surmonteze refuzul acestora de a consimți la adopție.

Art. 13 alin. (2) din Legea nr. 273/2004 prezumă ca fiind refuz abuziv situația în care, deși legal citați, părinții firești sau, după caz, tutorele nu se prezintă în mod repetat la termenele fixate pentru exprimarea consimțământului.

Simpla susținere că refuzul de a consimți la adopție este abuziv nu este suficientă în lipsa unei dovezi certe a caracterului contrar al refuzului față de interesul superior al copilului, instanța neputând încuviința adopția pentru neîndeplinirea condiției consimțământului părintelui fireesc²⁶.

²⁴ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *Noul Cod Civil, Cartea a II-a. Despre familie. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 107.

²⁵ Condiția exprimării consimțământului în fața instanței odată cu încuviințarea adopției a fost introdusă prin O.U.G. nr. 102/2008. Anterior, părintele își exprima consimțământul prin act autentic notarial.

²⁶ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 635.

2.1.4. Consimțământul adoptatului

Cerința exprimării consimțământului la adopție de către copilul care a împlinit vârsta de 10 ani este prevăzută, în planul dreptului intern, de art. 463 alin. (1) lit. b) C. civ.

Stipularea acestei condiții în cuprinsul noului Cod civil este consecința respectării de către legiuitorul român a dreptului copilului de a fi ascultat în legătură cu orice problemă ce îl privește.

În schimb, în dreptul internațional, această cerință este stipulată de art. 4 lit. d) par. 3 și 4 din Convenția de la Haga.

Revenind la normele de drept intern, facem precizarea că dispozițiile art. 14 din Legea nr. 273/2004 reglementează procedura exprimării consimțământului de către persoana adoptată.

Astfel, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 273/2004, consimțământul copilului care a împlinit vârsta de 10 ani se dă în fața instanței judecătorești, în faza încuviințării adopției.

O parte a doctrinei²⁷ este de părere că acest consimțământ la adopție ar putea fi exprimat și printr-un înscris autentic, anterior sesizării instanței de judecată.

În ceea ce ne privește, suntem de părere că dispozițiile art. 14 alin. (1) din Legea nr. 273/2004 au un caracter imperativ, neexistând posibilitatea suplinirii consimțământului printr-un înscris anterior, chiar autentic.

Consimțământul copilului în vârstă de 10 ani este diferit de ascultarea acestuia decisă de instanță în timpul procedurii de încuviințare a adopției. Astfel, copilului în vârstă de 10 ani i se recunoaște o capacitate juridică specială, acceptul sau refuzul său fiind determinante în luarea deciziei judecătorului cu privire la încuviințarea adopției.

Prezumția existenței discernământului copilului care a împlinit vârsta de 10 ani este una relativă, motiv pentru care poate fi răsturnată prin proba contrară. În situația în care se dovedește că un astfel de copil este lipsit de discernământ, chiar dacă nu este pus sub interdicție judecătorească, consimțământul dat de acesta nu va fi valabil exprimat.

Pentru a asigura caracterul conștient al consimțământului la adopție, art. 9 din Legea nr. 273/2004 obligă Direcția în a cărei rază teritorială domiciliază copilul care a împlinit vârsta de 10 ani, ca înainte de exprimarea acestuia, să îl sfătuiască și să îl informeze asupra consecințelor adopției. Sfaturile și informațiile urmează a fi date ținându-se cont de vârsta și gradul de maturitate al copilului. Despre informarea și consilierea copilului înainte de a-și da consimțământul, reprezentantul Direcției va întocmi un raport.

Cerința consimțământului copilului este dublu fundamentată juridic, având în vedere că acesta este nemijlocit implicat atât în legăturile de filiație și de rudenie naturală ce se sting, cât și în cele civile ce se stabilesc ca urmare a încheierii adopției²⁸.

Față de această împrejurare, suntem de părere că persoana adoptată ar trebui să aibă posibilitatea legală de a consimți atât la încetarea legăturii sale de filiație față de părinții lui firești, cât și la stabilirea legăturii de filiație față de părinții săi adoptivi.

²⁷ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Adopția. Protecția și promovarea drepturilor copilului*, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 32.

²⁸ A se vedea T. Bodoașcă, *Legislația adopțiilor. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 109.

2.1.5. Inexistența unei adopții anterioare

Alineatul prim al art. 462 C. civ., identic în conținut cu alin. (1) al art. 6 din Legea nr. 273/2004, instituie în mod expres prohibirea adopțiilor simultane sau succesive.

Potrivit acestor prevederi legale, două persoane nu pot adopta împreună, nici simultan și nici succesiv, cu excepția cazului în care sunt soț și soție.

Posibilitatea adopției simultane sau succesive a copilului atunci când adoptatorii sunt soț și soție, fiind o excepție de la regula generală, este de strictă interpretare și aplicare, neputând fi extinsă la alte situații prevăzute expres de lege.

La o atență analiză a acestor texte legale, constatăm că în actuala reglementare este interzisă încheierea unei adopții de către doi concubini, sub sancțiunea nulității absolute.

De asemenea, este inadmisibilă adopția simultană ori succesivă a copilului de către foștii soți, a căror căsătorie a fost desfăcută prin divorț ori a fost anulată.

Având în vedere că dispozițiile art. 462 alin. (1) C. civ. se referă în mod expres la încheierea adopției de către soț și soție, nu este admisibilă încuviințarea acesteia în ipoteza încheierii căsătoriei de către persoane de același sex.

Menționăm că această reglementare internă este în acord cu Convenția europeană în materia adopției, care prevede posibilitatea încheierii unei adopții doar de către două persoane căsătorite²⁹.

Fundamentul juridic al acestui impediment la adopție este acela de a asigura persoanei adoptate o situație asemănătoare cu aceea a unui copil firesc al adoptatorilor, evitându-se stabilirea concomitentă sau succesivă a unor multiple raporturi de filiație civilă.

Considerăm că această optică a legiuitorului este una firească, raportat la împrejurarea că nu este permis ca unei persoane adoptate să îi fie zdruncinat universul familial, prin scoaterea acesteia din climatul oferit de prima familie adoptatoare și includerea în familia altui adoptator.

Nu putem discuta însă de o deteriorare a echilibrului și climatului familial în ipoteza în care adopția simultană sau succesivă se încheie de către două persoane căsătorite.

Așa cum judicios s-a exprimat în doctrină³⁰, adopția concomitentă sau succesivă a unui copil de către soț și soție este de preferat adopției acestuia de către o singură persoană, deoarece, evident, în această ipoteză, nu numai că nu se produc neajunsurile unei adopții multiple, dar se oferă adoptatului posibilitatea să crească și să fie ocrotit într-un mediu familial, adică de către ambii părinți adoptatori.

Cu toate acestea, noul Cod civil a prevăzut în cuprinsul art. 462 alin. (2) două situații particulare care derogă de la regula generală și care permit încheierea unei adopții, atunci când adoptatorul sau soții adoptatori au decedat sau adopția anterioară a încetat din orice alt motiv.

Dispozițiile art. 462 alin. (2) C. civ. trebuie coroborate cu prevederile art. 6 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 273/2004, conform cărora copilul minor poate fi adoptat de partenerul

²⁹ Potrivit art. 6 par. 1 din Convenția de la Strasbourg, legislația internă a statelor părți nu poate permite adopția unui copil decât de către două persoane unite prin căsătorie, fie că adoptă simultan, fie succesiv, sau de către un singur adoptator.

³⁰ A se vedea T.R. Popescu, *op. cit.*, pp. 122 și 123.

părintelui firesc ce l-a întreținut timp de minimum 5 ani, dacă minorul are un singur părinte, necăsătorit, care se află într-o relație stabilă și conviețuiește cu o persoană de sex opus, necăsătorită, care nu este rudă cu acesta până la gradul al patrulea, și declară prin act autentic notarial că noul adoptator a participat direct și nemijlocit la creșterea și îngrijirea copilului pentru o perioadă neîntreruptă de cel puțin 5 ani.

Excepțiile stipulate în cuprinsul art. 462 alin. (2) C. civ. transpun în planul dreptului intern, într-o formă îmbunătățită, prevederile art. 6 par. 2 din Convenția de la Strasbourg³¹.

În ceea ce privește prima situație de excepție, aceasta permite încheierea unei adopții, atunci când adoptatorul sau soții adoptatori au decedat. În acest caz, adopția anterioară se consideră desfăcută pe data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești de încuviințare a noii adopții.

Decesul adoptatorului sau al părinților adoptatori creează posibilitatea inițierii procedurii pentru încheierea unei noi adopții, care, dacă va fi încuviințată, constituie cauza desfacerii adopției anterioare³².

Referitor la cea de-a doua situație de excepție, legiuitorul a prevăzut că o nouă adopție poate lua naștere în mod valabil atunci când adopția anterioară a încetat din orice alt motiv.

Potrivit prevederilor art. 475 C. civ., adopția încetează fie prin desfacere, fie prin declararea nulității acesteia.

În ceea ce privește desfacerea adopției, noul Cod civil aduce în discuție o serie de ipoteze în care aceasta poate avea loc.

În primul rând, desfacerea adopției intervine de drept în ipoteza prevăzută de art. 462 alin. (2) lit. a) C. civ.³³ sau, atunci când față de persoana adoptată este necesară luarea unei măsuri de protecție prevăzute de lege, dacă aceasta este în interesul superior al copilului.

În al doilea rând, potrivit art. 477 alin. (1) C. civ., adopția poate fi desfăcută la cererea adoptatorului sau a familiei adoptatoare, în situația în care adoptatul a atentat la viața lor sau a ascendenților ori descendenților lor, precum și atunci când adoptatul s-a făcut vinovat față de adoptatori de fapte penale pedepsite cu o pedeapsă privativă de libertate de cel puțin 2 ani.

Astfel, legiuitorul evidențiază conjuncturile în care se poate proceda la suprimarea efectelor rezultate din adopție, acestea aflându-se în legătură directă cu fapte ale adoptatului care exemplifică o conduită deficitară, gravă, a acestuia prin prisma comportamentului adoptat față de persoana adoptatorului³⁴.

³¹ Conform acestui text, legislația internă a statelor părți nu poate permite o nouă adopție decât în unul sau mai multe dintre următoarele cazuri: când este vorba de un copil adoptiv al soțului adoptatorului; când precedentul adoptator a decedat; când precedentă adopție este anulată; când precedentă adopție a încetat.

³² A se vedea E. Florian, *Dreptul familiei*, ed. a V-a, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 482.

³³ Potrivit acestui text de lege, o nouă adopție poate fi încuviințată atunci când adoptatorul sau soții adoptatori au decedat.

³⁴ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 72.

Acest caz de desfacere a adopției are caracter excepțional, intervenind cu titlu de sancțiune, îndreptată împotriva adoptatului care se face vinovat de fapte grave asupra adoptatorului sau adoptatorilor, ori a ascendenților sau descendenților acestora.

Alin. (3) al art. 477 C. civ. stabilește intervalul de timp de la intervenirea căruia desfacerea adopției își produce efectele.

Astfel, conform art. 477 alin. (3) C. civ., adopția poate fi desfăcută la cererea adoptatorului numai după ce adoptatul a dobândit capacitate deplină de exercițiu, în condițiile legii, chiar dacă faptele au fost săvârșite anterior acestei date.

Suntem de părere că adoptarea de către legiuitor a acestei soluții poate produce consecințe cel puțin la fel de primejdioase ca cele determinate de conduita deviantă a adoptatului. Din punctul nostru de vedere, pronunțarea desfacerii adopției la câțiva ani de la data săvârșirii faptului ilicit față de adoptator este susceptibilă de a produce unele dezechilibre în circuitul civil.

Pentru identitate de rațiune, legiuitorul oferă persoanei adoptate posibilitatea de a solicita desfacerea adopției în situația în care adoptatorul se face vinovat de fapte grave la adresa sa.

Un alt caz de încetare a adopției prevăzut în noul Cod civil este acela al anulării acesteia pentru vicii de consimțământ, sau al declarării nulității acesteia, fie pe motiv de fictivitate, fie pentru încălcarea condițiilor de fond sau de formă.

Toate aceste situații prezentate mai sus reprezintă ipoteze particulare care derogă de la regula generală prevăzută în cuprinsul art. 462 alin. (1) C. civ. și care permit încheierea unei noi adopții simultane sau succesive.

2.2. Condiții de fond privind persoanele care pot adopta

2.2.1. Condiții de fond pozitive privind persoanele care pot adopta

2.2.1.1. Capacitatea

Prin adoptator se înțelege persoana care a adoptat sau dorește să adopte, iar prin familie adoptatoare se înțelege soțul și soția care au adoptat sau doresc să adopte³⁵.

Potrivit prevederilor art. 459 C. civ., persoanele care nu au capacitate deplină de exercițiu nu pot adopta.

Față de dispoziția legiuitorului, persoanele care nu se bucură de deplinătatea capacității de exercițiu nu pot încheia în mod valabil o adopție.

Facem precizarea că această condiție nu a fost reglementată în cuprinsul O.U.G. nr. 25/1997 și, de asemenea, nici în Convenția de la Strasbourg sau Haga.

Interdicția prevăzută în art. 459 C. civ. este de strictă interpretare și aplicare, astfel încât orice altă persoană care nu se găsește în această ipoteză reglementată de Codul civil, poate dobândi calitatea de adoptator.

În continuare, vom face o analiză succintă a condiției de fond referitoare la capacitatea juridică civilă a adoptatorului.

³⁵ Art. 2 lit. b) și i) din Legea nr. 273/2004.

Rezultă așadar că, potrivit art. 459 C. civ., pot încheia în mod valabil o adopție doar persoanele care se bucură de capacitate deplină de exercițiu, ceea ce înseamnă că adoptatorul trebuie să aibă împlinită vârsta de 18 ani la momentul formulării cererii de adopție.

Considerăm că stipularea acestei condiții în cuprinsul dispozițiilor noului Cod civil s-a realizat în scopul protejării intereselor persoanei adoptate, având o dublă determinare.

În primul rând, condiția capacității depline de exercițiu a adoptatorului este reclamată de împrejurarea că adopția reprezintă un act juridic care cuprinde elemente de natură civilă, ce presupun existența unui consimțământ valabil al persoanelor implicate în procedura adopției.

În al doilea rând, lipsa capacității depline de exercițiu îl plasează pe adoptator în categoria persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, ale căror acte juridice sunt încheiate prin reprezentanții lor legali sau cu încuviințarea prealabilă a acestora, aspect incompatibil cu ocrotirea părintească ce trebuie să o ofere acesta persoanei adoptate.

Chiar dacă prevederea referitoare la vârsta minimă a adoptatorului are caracter de ordine publică și trebuie respectată cu rigurozitate, nu aceeași consecință se poate reține cu privire la vârsta maximă, care, indiferent de nivelul atins, nu poate duce la refuzul încuviințării adopției, decât în situații excepționale, din care să rezulte că vârsta înaintată constituie o piedică de neînlăturat pentru îndeplinirea scopului adopției³⁶.

În consecință, poziția legiuitorului este comprehensibilă, în sensul în care, față de responsabilitatea de care trebuie să dea dovadă adoptatorul, este mai mult decât evident că o persoană lipsită de capacitate de exercițiu nu poate garanta plenitudinea îndatoririlor adoptive.

2.2.1.2. *Aptitudinea morală și materială de a adopta*

Având în vedere importanța adopției și efectele pe care aceasta le produce, se impune ca adoptatorul să îndeplinească anumite condiții pentru a se putea bucura de deplinătatea statutului său.

Art. 461 C. civ. și art. 12 din Legea nr. 273/2004 impune condiția ca adoptatorul sau familia adoptatoare să îndeplinească garanțiile morale și condițiile materiale necesare dezvoltării depline și armonioase a persoanei adoptate.

Scopul acestei dispoziții legale este acela de a crea un echilibru necesar unei vieți armonioase. Mai exact, ne referim la aspectele de ordin moral ale adoptatorului, dar și la cele de ordin pecuniar, acesta fiind ținut să facă dovada resurselor financiare apte să asigure adoptatului o creștere, educare și dezvoltare armonioasă³⁷.

Alineatul doi al articolului anterior menționat stipulează faptul că îndeplinirea condițiilor prevăzute în cuprinsul primului alineat se atestă de către autoritățile competente, în concordanță cu prevederile legii speciale, în speță ale Legii nr. 273/2004.

³⁶ A se vedea CSJ, S. civ., dec. nr. 578/1992, în Dreptul nr. 2/1993, p. 68.

³⁷ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 104.

În consecință, conform art. 18 din Legea nr. 273/2004, îndeplinirea acestor garanții și condiții se atestă de către direcția generală de asistență socială și protecția copilului de la domiciliul adoptatorului sau al familiei adoptatoare, care eliberează un atestat.

În ceea ce privește evaluarea garanțiilor morale și a condițiilor materiale pe care adoptatorul trebuie să le îndeplinească pentru a putea adopta, dispozițiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 273/2004 precizează faptul că aceasta se realizează pe baza solicitării adoptatorului sau a familiei adoptatoare de către direcția de la domiciliul acestora și trebuie să aibă în vedere următoarele aspecte: personalitatea și starea de sănătate a adoptatorului sau a familiei adoptatoare; viața familială; condițiile de locuit; aptitudinea de creștere și educare a unui copil; situația economică a persoanei, analizată din perspectiva surselor de venit, a continuității acestora, precum și a cheltuielilor; motivele pentru care adoptatorul sau familia adoptatoare dorește să adopte; motivele pentru care, în cazul în care numai unul dintre cei doi soți solicită să adopte un copil, celălalt soț se împotrivesc și, de asemenea, orice impedimente relevante pentru capacitatea de a adopta.

Dispozițiile legale anterior menționate cuprind o enumerare cu caracter general a criteriilor ce sunt avute în vedere la evaluare, astfel încât să existe certitudinea că familia adoptatoare poate asigura condiții prielnice pentru creșterea, dezvoltarea, educarea și inserția socială a copilului.

Dispozițiile art. 25 din Legea nr. 273/2004 prevăd, în mod expres, faptul că, pe parcursul procesului de evaluare, direcția în a cărei rază teritorială domiciliază adoptatorul sau familia adoptatoare este obligată să asigure acestora serviciile de pregătire/consiliere necesare pentru a-și asuma în cunoștință de cauză și în mod corespunzător rolul de părinte.

În situația în care rezultatul evaluării este unul favorabil, direcția generală de asistență socială și protecția copilului de la domiciliul adoptatorului sau al familiei adoptatoare va elibera un atestat de persoană sau familie aptă să adopte, acesta reprezentând documentul care certifică îndeplinirea tuturor exigențelor legale. Atunci când persoana care dorește să adopte locuiește în fapt la adresa de reședință, soluționarea cererii de evaluare se realizează de către direcția în a cărei rază teritorială domiciliază aceasta.

Ca o noutate legislativă, alin. (7) al art. 18 din Legea nr. 273/2004 cuprinde o modificare față de vechea reglementare în ceea ce privește durata de valabilitate a atestatului eliberat de direcția în a cărei rază teritorială domiciliază adoptatorul sau familia adoptatoare, în sensul dublării acesteia de la un interval de un an la unul de doi.

Există însă reglementate în cuprinsul art. 26 din Legea nr. 273/2004 două situații particulare, în care obținerea atestatului nu este necesară. Acestea se referă la ipotezele în care intervine adopția persoanei care a dobândit capacitate deplină de exercițiu, respectiv adopția copilului de către soțul părintelui firesc sau adoptiv.

Referitor la prima situație, suntem de părere că optica legiuitorului este legitimă, raportat la împrejurarea că adoptatorul se bucură de suficiente garanții materiale și morale pentru a putea încheia în mod valabil o adopție, atâta vreme cât a contribuit la creșterea, educarea și întreținerea persoanei adoptate pe perioada minorității.

În ceea ce privește a doua situație reglementată de art. 26 din Legea nr. 273/2004, considerăm că se impune ca aceasta să fie coroborată cu dispozițiile art. 6 din același act

normativ privind adopțiile simultane sau succesive, în care, la lit. c), este stipulat faptul că o nouă adopție poate fi încuviințată atunci când copilul adoptat are un singur părinte, necăsătorit, iar acesta se află într-o relație stabilă și conviețuiește cu o persoană de sex opus, necăsătorită, care nu este rudă cu acesta până la gradul al patrulea, și declară prin act autentic notarial că noul adoptator a participat direct și nemijlocit la creșterea și îngrijirea copilului pentru o perioadă neîntreruptă de cel puțin 5 ani, urmând ca alin. (3) al art. 6 din Lege să precizeze că dispozițiile anterioare se aplică în mod corespunzător și soțului părintelui firesc sau adoptiv.

Considerăm că, și în această situație, în care are loc adopția copilului de către soțul părintelui firesc sau adoptiv, operează o prezumție, potrivit căreia acesta din urmă întrunește condițiile necesare obținerii calității de adoptator, având în vedere faptul că vreme de cel puțin 5 ani de zile a contribuit la creșterea, educarea și întreținerea minorului.

2.2.1.3. Consimțământul adoptatorului

Consimțământul la adopție este o condiție de fond esențială, de validitate, având caracter general și reprezintă exteriorizarea hotărârii de a încheia un astfel de act.

Din sfera persoanelor care trebuie să consimtă la încheierea adopției fac parte și adoptatorul sau, după caz, soții din familia adoptatoare, în situația în care aceștia adoptă împreună.

În opinia noastră, cerința exprimării consimțământului la adopție de către adoptator este fundamentată din punct de vedere juridic, raportat la împrejurarea că acesta dobândește drepturile și obligațiile părintelui firesc, aflându-se în aceeași situație juridică cu acesta din urmă.

Raportându-mă la cele enunțate anterior, consimțământul părintelui adoptator va fi supus tuturor acelor reguli prevăzute de Legea nr. 273/2004 care se aplică și în cazul părinților firești.

Astfel, pentru a produce efecte juridice, consimțământul dat de către adoptator trebuie să emane de la o persoană cu discernământ, să fie exteriorizat, să fie exprimat cu intenția de a produce efecte juridice și să nu fie afectat de vicii de consimțământ³⁸.

Legea nr. 273/2004 consacră însă, în cuprinsul art. 8, o situație particulară aplicabilă doar în cazul consimțământului părinților firești, aceasta neputând produce efecte juridice și în ceea ce îl privește pe adoptator.

Așadar, spre deosebire de cazul părinților firești ai copilului, peste al cărui refuz de a consimți la adopție instanța poate trece în condițiile art. 8 din Lege³⁹ adopția nu poate fi încuviințată dacă nu există consimțământul adoptatorului sau al soților adoptatori.

³⁸ A se vedea, pentru detalii, O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ed. a V-a, Ed. All Beck, București, 2000, pp. 117-138.

³⁹ Conținutul acestui articol este următorul: „Instanța judecătorească poate trece peste refuzul părinților firești sau, după caz, al tutorelui de a consimți la adopția copilului dacă se dovedește, prin orice mijloc de probă, că aceștia refuză în mod abuziv să își dea consimțământul la adopție și instanța apreciază că adopția este în interesul superior al copilului, ținând seama și de opinia acestuia dată în condițiile legii, cu motivarea expresă a hotărârii în această privință”.

Raportându-ne la modalitatea de exprimare a consimțământului, Legea nr. 273/2004 aduce unele modificări față de vechea reglementare.

Spre deosebire de vechea reglementare care impunea condiția exprimării consimțământului în formă autentică prin act notarial, art. 16 din Lege reclamă necesitatea formulării acestuia în fața instanței de judecată odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției.

Scopul acestei cerințe legale este acela de a oferi garanția că adoptatorul își exprimă consimțământul în cunoștință de cauză și în condiții care să asigure caracterul liber și deplin al acestuia.

Mai mult decât atât, exprimarea consimțământului în fața instanței de judecată odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției, denotă și caracterul actual al acestuia.

Exprimarea consimțământului în fața instanței de judecată odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției impune necesitatea citării adoptatorului sau a familiei adoptatoare, respectiv prezentarea acestora în vederea dării consimțământului.

În lipsa unei norme speciale, pentru identitate de rațiune, adoptatorii care nu au domiciliul în România își vor exprima consimțământul, de asemenea, în fața instanței de judecată odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției.

2.2.1.4. Consimțământul soțului adoptatorului

În cuprinsul art. 463 lit. d) C. civ., legiuitorul a menționat în mod expres că pentru perfectarea în mod valabil a unei adopții este necesar și consimțământul soțului celui care dorește să adopte un copil.

Justificarea impunerii acestei cerințe constă în aceea că adopția nu trebuie să creeze relații de natură să destabilizeze viața de familie a soților, chiar dacă numai unul dintre aceștia are calitatea de adoptator. În cele mai multe cazuri, cel care urmează a fi adoptat va locui, de obicei, la domiciliul celui care adoptă, intrând în familia acestuia, unde va trebui să găsească o atmosferă de familie favorabilă dezvoltării sale fizice și intelectuale, ori aceasta nu poate avea loc dacă unul dintre soți se opune la încheierea adopției.

Statutul de persoană căsătorită a celui care dorește să încheie o adopție nu îl obligă pe celălalt soț să devină, la rândul său, părinte adoptator, însă, având în vedere că persoana adoptată va face parte din familia adoptatorului, soțul acestuia din urmă este consultat, cerându-i-se consimțământul cu titlu de neîmpotrivire la adopție⁴⁰.

Pe cale de consecință, prin exprimarea consimțământului, soțul celui care dorește să adopte nu dobândește și el calitatea de adoptator.

Cu toate acestea, potrivit art. 463 lit. d) C. civ., nu este necesar consimțământul soțului celui care dorește să adopte, în situația în care lipsa discernământului îl pune în imposibilitatea de a-și manifesta voința.

Imposibilitatea de a-și manifesta voința din partea soțului celui care dorește să adopte trebuie să aibă caracter absolut, sfera de aplicare a acestei ipoteze legale fiind una restrictivă.

⁴⁰ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 626.

Modalitatea de exprimare a consimțământului este similară cu cea aplicabilă în cazul persoanei care dorește să adopte, procedura având loc în fața instanței de judecată, odată cu soluționarea cererii de încuviințare a adopției.

2.2.2. Condiții de fond negative privind persoanele care pot adopta

2.2.2.1. Aptitudinea psihică a adoptatorului

Potrivit prevederilor art. 459 C. civ., persoanele cu boli psihice și handicap mintal nu pot adopta.

Față de dispoziția legiuitorului, persoanele care suferă de boli psihice sau de handicap mintal, nu pot încheia în mod valabil o adopție.

Facem precizarea că această condiție nu a fost reglementată în cuprinsul O.U.G. nr. 25/1997 și, de asemenea, nici în Convenția de la Strasbourg sau în cea de la Haga.

Interdicția prevăzută în art. 459 C. civ. este de strictă interpretare și aplicare, astfel încât orice altă persoană care nu se găsește în această ipoteză reglementată de Codul civil, poate dobândi calitatea de adoptator.

Boala psihică reprezintă un proces patologic, care afectează capacitatea sistemului nervos al persoanei de a reflecta realitate⁴¹, iar handicapul mintal constă într-o deficiență sau incapacitate mintală⁴².

Boala psihică și handicapul mintal constituie impedimente la adopție, fie că este afectată însăși persoana care își manifestă disponibilitatea de a adopta, fie soțul acesteia.

În opinia noastră, optica legiuitorului de a interzice încheierea unei adopții de către persoanele ai căror soți suferă de o boală psihică sau de handicap mintal, este comprehensibilă, având în vedere faptul că persoana adoptabilă ar trebui să se poată bucura de deplinătatea unei vieți familiale alături de ambii părinți.

Rațiunea acestui impediment la adopție rezidă în împrejurarea că persoanele afectate de o boală psihică sau de un handicap mintal sunt în imposibilitatea de a exprima un consimțământ valabil, având afectată capacitatea intelectuală și cea volitivă.

Prin urmare, orice afecțiune psihică, indiferent de natura, frecvența sau gravitatea tulburărilor reprezintă un impediment la adopție din perspectiva drepturilor și îndatoririlor de asumat și, mai cu seamă, de exercitat, respectiv de îndeplinit prin realizarea operațiunii juridice, problema valorii juridice a consimțământului la adopție a persoanei cu boli psihice și handicap mintal fiind una de importanță secundară⁴³.

Boala psihică și handicapul mintal trebuie să fie dovedite prin acte juridice valabile, și nu prezumate pentru a putea opera acest impediment la încheierea adopției.

Astfel, conform Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 273/2004, dovada acestor impedimente la adopție se face cu ajutorul certificatului medical emis de către comisia de medici specialiști care a evaluat persoana sau persoanele în cauză.

În acord cu opiniile exprimate în doctrină⁴⁴, considerăm că dispozițiile legale ale art. 459 C. civ. sunt incidente în cazul persoanelor care nu sunt puse sub interdicție din cauza bolii

⁴¹ A se vedea *Dicționarul explicativ al limbii române*, Ed. Universul Enciclopedic, București, 1998, pp. 104 și 866.

⁴² A se vedea *Dicționar de medicină*, Ed. Universul Enciclopedic, București, 1998, p. 277.

⁴³ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁴ A se vedea M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 420.

psihice de care suferă, deoarece temeiul pentru care interzisul judecătoresc este oprit să încheie în mod valabil o adopție este acela că nu se bucură de capacitate deplină de exercițiu.

2.2.2.2. Interzicerea adopției între frați

Dispozițiile art. 457 C. civ. se caracterizează prin instituirea unei interdicții exprese în ceea ce privește adopția între frați, indiferent de sexul acestora, iar sancțiunea care intervine în cazul nerespectării acestei interdicții este nulitatea absolută.

Această condiție de fond negativă a fost introdusă în legislația românească încă de la adoptarea Codului familiei⁴⁵ și are ca scop evitarea transformării legăturii de rudenie naturală în linie colaterală de gradul al doilea în rudenie civilă în linie dreaptă de gradul întâi.

Având în vedere faptul că textul legal se referă la noțiunea de frați fără a face distincție, iar principiul *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus* nu îngăduie o altă interpretare, această condiție subzistă și în situația în care adoptatul și adoptatorul au devenit frați urmare a adopției simultane ori succesive de către aceeași persoană sau familie adoptatoare⁴⁶.

Acest impediment la adopție este de strictă interpretare și aplicare, existând posibilitatea să își producă efectele în mod valabil adopția între alte rude firești, cu excepția fraților.

Există însă o situație particulară în ceea ce privește raporturile de rudenie dintre persoana adoptată și adoptator. Deși legea nu prevede expres, considerăm că nu este posibilă încheierea în mod valabil a unei adopții între părintele firească și copilul său.

Rațiunea acestui impediment rezultă din existența cerinței legale ca părintele firească să consimtă la adopția copilului său, ceea ce presupune că adoptatorul trebuie să fie o altă persoană decât părintele firească.

Această situație particulară poate apărea atunci când un copil care a fost înregistrat ca fiind născut din părinți necunoscuți este adoptat de către părintele său firească, care apoi îl recunoaște sau față de care ulterior se stabilește filiația pe cale judecătorească⁴⁷.

2.2.2.3. Persoanele adoptate de către același adoptator/familie adoptatoare să nu aibă între ei calitatea de soți sau de foști soți

Conform art. 458 C. civ., adopția a doi soți sau foști soți de către același adoptator sau familie adoptatoare, precum și adopția între soți sau foști soți sunt interzise.

Din lecturarea art. 458 C. civ. se observă faptul că, în cuprinsul aceluiași text legal, au fost inserate două interdicții exprese.

În ceea ce privește prima interdicție, aceasta constă în imposibilitatea ca doi soți sau foști soți să fie adoptați de același adoptator sau familie adoptatoare.

Soluția impusă de către legiuitorul român este una firească, având în vedere faptul că soții nu pot fi adoptați decât dacă au fost crescuți în timpul minorității de către adoptator.

⁴⁵ În schimb, Convenția de la Strasbourg și Convenția de la Haga nu prevăd o astfel de condiție.

⁴⁶ A se vedea T. Bodoașcă, *op. cit.*, p. 636.

⁴⁷ A se vedea M. Avram, *op. cit.*, p. 423.

De asemenea, având în vedere incompatibilitatea juridică a calității de soț cu aceea de frate, chiar adoptiv, legiuitorul a fost nevoit să stipuleze în mod expres această interdicție.

În ceea ce privește a doua interdicție prevăzută de art. 458 C. civ., potrivit căreia soții sau foștii soți nu se pot adopta unul pe celălalt, doctrina este constantă în a aprecia caracterul imoral al unei astfel de adopții⁴⁸, deoarece, prin încuviințarea ei, soțul sau fostul soț adoptator ar deveni și părintele soțului ori fostului său soț adoptat.

Astfel, ne raliem opiniei doctrinare⁴⁹ potrivit căreia statutul de soț nu este *per se* un impediment la adopție, ci împiedică adopția soților împreună, concomitent sau succesiv, precum și adopția de către adoptatorul care, în raport cu adoptatul, ar avea calitatea de soț ori de fost soț.

2.2.2.4. Alte impedimente legale

Conform art. 7 alin. (1) din Legea nr. 273/2004, persoana care a fost condamnată definitiv pentru o infracțiune contra persoanei sau contra familiei, săvârșită cu intenție, precum și pentru infracțiunea de pornografie infantilă și infracțiuni privind traficul de droguri sau precursori nu poate adopta.

Alin. (1) al art. examinat reliefează incapacitatea de a adopta a persoanei care a fost condamnată definitiv pentru săvârșirea, cu intenție, a unei infracțiuni contra persoanei sau contra familiei, precum și pentru săvârșirea infracțiunii de pornografie infantilă și infracțiuni privind traficul de droguri sau precursori.

Astfel, în cuprinsul art. 7 alin. (1) din Legea nr. 273/2004, legiuitorul enumeră infracțiunile a căror săvârșire atrage incapacitatea persoanei de a adopta și, de asemenea, prevede că este necesar ca forma de vinovăție cu care acestea se comit să se încadreze în particularitățile intenției.

Raportat la forma de vinovăție a intenției, în măsura în care textul de lege nu face nicio distincție, considerăm că prevederea legală este aplicabilă atât în situația săvârșirii cu intenție directă, cât și cu intenție eventuală a infracțiunilor expres prevăzute în conținutul art. 7 alin. (1) din Legea nr. 273/2004.

Alineatul secund al art. 7 din Legea nr. 273/2004 instituie o nouă interdicție de a adopta, și se referă la persoana ori familia al cărei copil beneficiază de o măsură de protecție specială sau care este decăzută din drepturile părintești⁵⁰.

Potrivit alin. (3) al art. 7 din Legea nr. 273/2004, interdicția de a adopta se aplică și persoanelor care doresc să adopte singure, ai căror soți sunt suferinzi de o boală psihică, au handicap mintal sau se găsesc în una dintre situațiile prevăzute în cuprinsul primelor două alineate ale articolului examinat.

⁴⁸ A se vedea I.P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a V-a, Ed. All Beck, București, 2000, pp. 381 și 382.

⁴⁹ A se vedea E. Florian, *Dreptul familiei în reglementarea NCC*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 259.

⁵⁰ În conformitate cu dispozițiile art. 508 alin. (1) C. civ., instanța de tutelă, la cererea autorităților administrației publice cu atribuții în domeniul protecției copilului, poate pronunța decăderea din exercițiul drepturilor părintești dacă părintele pune în pericol viața, sănătatea sau dezvoltarea copilului prin relele tratamente aplicate acestuia, prin consumul de alcool sau stupefiante, prin purtarea abuzivă, prin neglijența gravă în îndeplinirea obligațiilor părintești ori prin atingerea gravă a interesului superior al copilului.

2.3. Condiția specială privind adopția copilului celui alt soț

2.3.1. Adopția de către soție a copilului din afara căsătoriei recunoscut de soț

Odată cu apariția Legii nr. 233/2011 a fost instituită o condiție specială aplicabilă în situația adopției copilului din afara căsătoriei față de care s-a stabilit paternitatea prin recunoaștere.

Potrivit art. 7 alin. (4) și (5) din Legea nr. 273/2004, copilul din afara căsătoriei, recunoscut de tată pe cale administrativă, precum și copilul a cărui paternitate a fost stabilită prin hotărâre judecătorească prin care s-a luat act de recunoașterea de către tată sau care consfințește învoiala păților, fără a se fi cercetat temeinicia cererii, pot fi adoptați de către soția tatălui numai dacă filiația este confirmată prin rezultatul expertizei realizate prin metoda serologică ADN.

În cazul adopției copilului de către soția celui care a recunoscut copilul născut în afara căsătoriei, instanța judecătorească va admite cererea de încuviințare a adopției, numai dacă paternitatea este confirmată prin rezultatul expertizei filiației realizate prin metoda serologică ADN. Cheltuielile determinate de efectuarea expertizei sunt suportate de către adoptator. În situația în care adoptatorul nu dispune de resursele financiare necesare, acestea vor fi suportate din bugetul de stat.

În continuare, considerăm că este necesar a fi făcute câteva observații cu privire la conținutul dispozițiilor art. 7 alin. (4) și (5) din Legea nr. 273/2004.

În opinia noastră, dispozițiile legale anterior menționate contravin prevederilor constituționale din cuprinsul art. 48 alin. (3) din Constituție, care consfințește principiul egalității copiilor în fața legii, având în vedere faptul că, în cadrul procedurii adopției, nu a fost instituită în situația copilului din căsătorie condiția confirmării filiației față de tată.

De asemenea, potrivit prevederilor legale anterior menționate, confirmarea filiației poate avea loc doar prin realizarea unei expertize apelând la metoda serologică ADN. În consecință, confirmarea filiației nu se poate realiza prin intermediul altor mijloace de probă.

Dispozițiile art. 7 alin. (4) ale Legii nr. 273/2004 conțin și o exprimare deficitară, legiuitorul utilizând sintagma „învoiala păților” atunci când face referire la stabilirea filiației.

În acord cu literatura de specialitate⁵¹, considerăm că utilizarea acestei sintagme este una epatantă, având în vedere faptul că filiația și, implicit, statutul civil al unei persoane fizice nu pot fi stabilite prin convenția păților sau pe cale de tranzacție.

2.4. Condiții bilaterale la încheierea adopției

2.4.1. Adoptatorul să fie cu cel puțin 18 ani mai în vârstă decât persoana adoptată

Având în vedere faptul că prin încheierea adopției se stabilește filiația dintre adoptat și adoptator, legiuitorul a considerat necesar să instituie o nouă condiție referitoare la diferența de vârstă care trebuie să existe între aceștia pentru ca adopția să își producă efectele în mod valabil.

⁵¹ A se vedea T. Bodoașcă, *Dreptul familiei*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 662.

Conform art. 460 alin. (1) C. civ., adoptatorul trebuie să fie cu cel puțin 18 ani mai în vârstă decât adoptatul.

Prin instituirea acestei diferențe de vârstă între adoptat și adoptator, legiuitorul a considerat că este imperios necesar ca persoana adoptatorului să întrunească, cel puțin la nivel teoretic, acele condiții care să îi confere responsabilitatea necesară pentru a putea să ofere o protecție desăvârșită persoanei ce urmează a fi ocrotită prin încheierea adopției⁵².

Mai mult decât atât, trebuie să avem în vedere și faptul că odată cu împlinirea vârstei de 18 ani o persoană dobândește capacitate deplină de exercițiu.

Se poate constata faptul că legiuitorul român nu a fost preocupat în a institui, nici direct și nici indirect, o limită maximă de vârstă până la care o persoană poate adopta, după cum pentru încuviințarea adopției nu se impune vreo diferență maximă de vârstă între adoptat și adoptator, art. 460 C. civ. limitându-se, așa cum am văzut, doar la a menționa diferența minimă de vârstă⁵³.

Cu toate acestea, în situația în care diferența de vârstă prea mare dintre persoanele implicate în procedura adopției afectează interesul superior al adoptatului, adopția nu va putea fi încuviințată sau, după caz, va fi anulată.

În cuprinsul alin. (2) al art. 460 C. civ., legiuitorul a instituit o derogare de la regula generală mai sus evocată, situație în care, pentru motive temeinice, instanța de tutelă poate încuviința adopția chiar dacă diferența de vârstă dintre adoptat și adoptator este mai mică de 18 ani, dar nu mai puțin de 16 ani.

În vechea reglementare era prevăzută doar condiția existenței unor motive temeinice pentru ca adopția să poată fi încheiată, fără să se stabilească pragul limită până la care era admisă această diferență de vârstă între persoana adoptată și adoptator.

Astfel, în viziunea noului Cod civil, trebuie să fie îndeplinite o serie de condiții pentru ca adopția să se poată încheia în mod valabil în această situație de excepție.

În primul rând, este necesară sesizarea instanței de tutelă investită cu posibilitatea încuviințării unei adopții, chiar în absența îndeplinirii diferenței de vârstă de 18 ani între adoptator și adoptat⁵⁴.

În al doilea rând, trebuie să existe o diferență de vârstă între adoptat și adoptator de cel puțin 16 ani, însă chiar și în situația îndeplinirii acestor două condiții anterior menționate, adopția nu se poate încheia în mod valabil fără ca instanța de tutelă să constate existența unor motive temeinice care să consacre încuviințarea adopției.

Aceste motive temeinice reprezintă împrejurări de fapt ce denotă că încuviințarea adopției este în interesul superior al persoanei adoptate, chiar și în situația în care diferența de vârstă dintre persoanele implicate în procedura adopției este mai mică de 18 ani.

⁵² În acest sens, Convenția de la Strasbourg instituie o prezumție privind neîndeplinirea condițiilor prevăzute pentru încuviințarea adopției dacă diferența de vârstă între adoptator și adoptat este sub cea care separă, în mod obișnuit, părinții de copiii lor.

⁵³ Spre deosebire de legiuitorul român care nu a instituit vreo diferență maximă de vârstă între adoptat și adoptator, limitându-se la a menționa diferența minimă de vârstă, legiuitorul moldav a precizat, în mod expres, faptul că între adoptator și adoptat nu poate exista o diferență de vârstă mai mare de 48 de ani.

⁵⁴ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 62.

S-ar putea încuviința adopția, de exemplu, în cazul în care adoptatorul este soțul părintelui firesc al adoptatului sau atunci când adoptatorul l-a crescut pe cel ce urmează a fi adoptat, iar diferența de vârstă dintre ei este mai mică de 18 ani.

În concluzie, prin modul în care a fost reglementat art. 460 C. civ., legiuitorul român s-a conformat practicii jurisprudențiale interne anterioare, care, după cum am mai precizat, a decis că numai prevederile referitoare la vârsta minimă a adoptatorului sunt de ordine publică și trebuie respectate cu rigurozitate, iar vârsta maximă, indiferent de nivelul atins, poate constitui o piedică în încuviințarea adopției numai dacă se dovedește, pe bază de probe, că împiedică atingerea scopului adopției, adică satisfacerea interesului superior al copilului.

2.4.2. Pluralitatea de adopți – frați și surori

Potrivit art. 456 C. civ., adopția fraților, indiferent de sex, de către persoane sau familii diferite se poate face numai dacă acest lucru este în interesul lor superior.

Regula instituită de noul Cod civil în cuprinsul articolului supus analizei este ca frații să fie adopți împreună, de către același părinte sau aceeași familie adoptatoare, legiuitorul prezumând că acesta este sensul interesului superior al fiecăruia dintre frați.

Așadar, și în materia adopției, principiul interesului superior al minorilor rămâne valid și își face apariția, având o aplicabilitate frecventă.

Interesul persoanei adoptate trebuie să existe în momentul încheierii adopției, pe tot timpul existenței acesteia și la data desfacerii ei.

Respectarea interesului superior al copilului în materia adopției reprezintă nu doar o condiție a adopției, ci și un principiu fundamental, consacrat atât de legislația internă, cât și de actele internaționale în materie la care România este parte⁵⁵.

Într-o manieră contrară, flexibilitatea legiuitorului în acest context nu își găsește incidența în conjunctura în care interesul superior al fraților impune ca aceștia să fie adopți de aceeași persoană sau familie, ceea ce presupune, așadar, o unicitate a subiectului adoptator⁵⁶.

Din lecturarea dispozițiilor art. 456 C. civ. se poate observa faptul că textul legal este incident indiferent dacă legătura de rudenie dintre frați este naturală sau rezultată din adopție și indiferent de împrejurarea că aceștia au numai unul sau ambii părinți comuni.

Subliniem faptul că toate condițiile legale prevăzute în cuprinsul dispozițiilor noului Cod civil referitoare la procedura adopției trebuie să fie îndeplinite de fiecare frate în parte, pentru ca aceștia să poată fi adopți.

În opinia noastră, adopția împreună a fraților este fundamentată pe preocuparea legiuitorului român de a li se oferi tuturor aceleași condiții de creștere și educare, dar și același mediu familial.

În situația în care frații ar fi adopți de persoane sau familii diferite, rudenția naturală dintre aceștia ar înceta să își mai producă efectele, iar pe de altă parte, nu s-ar putea stabili nici legătura de rudenie civilă între aceștia.

⁵⁵ A se vedea M. Avram, *op. cit.*, p. 413.

⁵⁶ A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 59.

În acord cu opinia exprimată în doctrină de către unii autori⁵⁷, suntem de părere că există posibilitatea ca adopția împreună a fraților să genereze, în anumite situații, sarcini excesive pentru adoptator, mai ales în acele ipoteze în care numărul fraților adoptabili este mare.

Astfel, adoptatorul poate întâmpina anumite dificultăți care să producă efecte negative în planul îngrijirii, întreținerii, educării și pregătirii profesionale a fraților adoptați, aspect care denotă faptul că adopția lor împreună contravine interesului superior al acestora.

3. Concluzii

Privită ca fapt social și redusă la finalitatea sa comună, aceea de a integra în familia adoptivă un copil lipsit de ocrotire, adopția reprezintă o ficțiune juridică prin care filiația firească și raporturile de rudenie firească sunt înlocuite cu o filiație civilă, respectiv cu legături de rudenie civilă.

Ca urmare a studiului realizat, putem concluziona faptul că adopția ar trebui să rămână o instituție care să aibă ca scop suprem preocuparea pentru drepturile copilului, iar o abordare optimă a acestei teme implică utilizarea unei viziuni interdisciplinare în care să fie îmbinate perspectiva juridică și cea psihologică.

Reglementarea instituției adopției a fost influențată de caracteristicile diferite ale societății, pe scara dezvoltării sociale, ceea ce explică varietatea de norme juridice elaborate.

Reglementările în vigoare privind regimul juridic al adopției, în speță Legea nr. 273/2004, au reprezentat pasul cel mai important în evoluția legislației în acest domeniu. În speranța că această lege a reglementat tot ceea ce era neclar sau contradictoriu în legislația anterioară în domeniu, o considerăm un pas înainte spre o mai mare respectare a intereselor copilului.

Pentru a realiza scopul primordial al adopției, acela de a-l proteja pe copilul aflat într-o situație deosebit de dificilă, atât noul Cod civil, cât și Legea nr. 273/2004 au acordat o importanță deosebită condițiilor de fond cerute de lege la încheierea adopției, realizând o reglementare complexă a acestora.

⁵⁷ A se vedea T. Bodoașcă, *op. cit.*, p. 63.

Ajutorul public judiciar în materia civilă în contextul integrării României în Uniunea Europeană

Drd. **Mihai Mădălin ȚIBULEAC***
Universitatea „Titu Maiorescu” București
Facultatea de Drept

Abstract

Given the harmonization of Romanian legislation with the European law, in the context of Romania's integration in the EU and, consequently, the transposition of EU directives in effect into domestic law, to ensure free and effective access to justice, Romania has passed the Directive 2003/8/EC concerning the development of access to justice in international matters. Thus, Romania, as a guarantor of rights and freedoms of citizens, applying the democratic principles governing rule of law, ensured, in certain cases, from public financial resources, effective access to justice to all citizens of the Member States, creating internal conditions that do not appear discriminatory between its citizens and EU citizens.

In civil matters, free access to justice concerns actions where free legal assistance is requested, either in court or before other public authorities.

Keywords: EU directives, free and effective access to justice

Rezumat

Având în vedere armonizarea legislației române cu cea europeană în contextul integrării României în UE și, pe cale de consecință, transpunerea directivelor UE în vigoare în dreptul intern, pentru a asigura accesul liber și efectiv la justiție, România a transpus Directiva 2003/8/CE privind îmbunătățirea accesului la justiție în litigiile transfrontaliere.

În acest fel, statul român, ca garant al drepturilor și libertăților cetățenilor care aplică principiile democratice într-un stat de drept, a asigurat, în anumite circumstanțe, din resurse financiare publice, accesul la justiție, garantând accesul efectiv al tuturor cetățenilor statelor membre, creând condiții interne care să nu pară discriminatorii între propriii cetățeni și cetățenii UE.

În materie civilă, liberul acces la justiție se referă la acele procese în care se solicită asistență juridică gratuită, în fața instanței sau a altor autorități publice.

Cuvinte-cheie: directive europene, acces liber și efectiv la justiție

* mihai_tibuleac@yahoo.com

1. Aspecte introductive

Având în vedere integrarea României în Uniunea Europeană, atât armonizarea legislativă națională cu cea comunitară, cât și transpunerea directivelor Uniunii Europene în legislația națională, au devenit esențiale și prioritare în desăvârșirea unei reforme efective în justiția unui stat de drept.

Astfel, legiuitorul român a impus adoptarea unor acte normative care să corespundă și cerințelor Directivei 2003/8/CE a Uniunii Europene privitoare la îmbunătățirea accesului la justiție în cazul litigiilor transfrontaliere prin stabilirea unor norme minime comune privind asistența judiciară acordată în astfel de litigii pentru a nu conduce la apariția unor situații discriminatorii între cetățenii români și cetățenii statelor membre¹. Uniunea Europeană are ca obiectiv crearea și dezvoltarea unui spațiu de libertate, securitate și justiție, iar pentru realizarea acestui obiectiv este necesară crearea unui mecanism de cooperare judiciară în materie civilă.

Constituția României prevede în art. 16 egalitatea în drepturi a tuturor cetățenilor în fața legii fără discriminări, iar prin art. 21 accesul liber la justiție. Codul de procedură civilă subliniază accesul efectiv la justiție prin art. 90, care prevede asistența judiciară, asistență reglementată și prin O.U.G. nr. 51/2008 privitoare la ajutorul public judiciar în materie civilă din România.

Asistența judiciară este cuprinsă și în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene la art. 47 alin. (3), astfel încât persoanele care nu au resurse suficiente pot apela la această măsură, în cazul în care asistența juridică este necesară pentru a asigura accesul eficient la justiție.

Coroborând aceste aspecte orice cetățean român sau european are dreptul la egalitate în fața legii și acces liber la justiția română. Accesul la justiție într-un stat de drept presupune accesul la un proces echitabil, nicio lege nu poate să îngreuească acest drept, dar nici situația financiară a unei părți, fie că este pârât, fie reclamant și nici dificultățile care decurg din caracterul transfrontalier al cauzei.

Legiuitorul român face referire la aceste resurse financiare suficiente² și subliniază că va beneficia de asistență judiciară cel ce nu este în stare să facă față cheltuielilor pe care le presupune declanșarea și susținerea unui proces civil, fără a primejdui propria sa întreținere sau a familiei sale.

Astfel, în sistemul juridic român vor beneficia de ajutorul public judiciar cetățenii români și cei comunitari care, din cauza situației lor financiare, pot primejdui propria lor întreținere sau a familiei prin plata cheltuielilor judiciare.

În privința accesului eficient la justiție vorbim despre accesul efectiv la justiție al oricărei persoane care dorește să se adreseze justiției pentru a-și apăra un drept sau un interes legitim.

¹ A se vedea Directiva 2003/8/CE a Consiliului, publicată în JOUE din 27 ianuarie 2003.

² A se vedea art. 90 alin. (1) C. pr. civ., republicat în M. Of. nr. 247 din 10 aprilie 2015, în temeiul art. XIV din Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe.

Însă, în cazul în care una dintre părți nu își permite un avocat, din cauza situației financiare, nu mai putem vorbi despre liber acces la justiție deoarece este de la sine înțeles că prezența avocatului într-un proces conduce la o bună desfășurare a procesului și este în interesul părților. Legiuitorul român a transpus Directiva 2003/8/CE prin O.U.G. nr. 51/2008 tocmai pentru a preveni o încălcare a dreptului la un proces echitabil și pentru a asigura accesul liber la justiție atât propriilor cetățeni, cât și celor europeni.

2. Condițiile de acordare a ajutorului public judiciar

2.1. Considerații privind ajutorul public judiciar

Ajutorul public judiciar reprezintă acea formă de asistență acordată de către stat care are drept scop asigurarea dreptului la un proces echitabil și garantarea accesului egal la actul de justiție, pentru realizarea unor drepturi sau interese legitime pe cale judiciară, inclusiv pentru executarea silită a hotărârilor judecătorești sau a altor titluri executorii³.

Acest lucru acoperă întreaga activitate a justiției, executarea silită având rolul de aducere la îndeplinire a hotărârilor judecătorești. Ajutorul public judiciar, în materia executării silite, are un rol esențial în realizarea unei justiții efective, în caz contrar rolul acesteia ar fi îndeplinit doar parțial.

O.U.G. nr. 51/2008 prevede că ajutorul public judiciar se asigură în toate cazurile în care este solicitat în fața instanțelor judecătorești sau a altor autorități cu atribuții jurisdicționale române de către orice persoană fizică având domiciliul sau reședința obișnuită în România sau într-un stat membru al Uniunii Europene. Domiciliul sau a reședința obișnuită se determină în funcție de data când este depusă cererea de ajutor public judiciar.

Prezenta ordonanță este aplicabilă și altor persoane fizice care nu au domiciliul sau reședința obișnuită pe teritoriul unui stat membru, în cazul în care între România și respectivele state există tratate sau convenții internaționale cu privire la ajutorul public judiciar.

Pentru statele cu care România nu are legături convenționale⁴, accesul internațional la justiție se aplică în baza curtoaziei internaționale, respectând totodată principiul reciprocității.

Poate beneficia de ajutor public judiciar orice persoană fizică care nu poate face față cheltuielilor unui proces sau cheltuielilor care implică consultanță juridică în vederea apărării unui drept sau interes legitim, fără a pune în pericol întreținerea sa sau a familiei sale.

Termenul de familie vizează soțul sau soția, copiii sau alți descendenți pe linie dreaptă în vârstă de până la 18 ani sau cel mult până la împlinirea vârstei de 26 de ani dacă se află în continuarea studiilor. Tot în categoria familiei intră și persoanele care domiciliază sau au reședința comună și se gospodăresc cu solicitantul, dar și copiii sau alți descendenți pe linie dreaptă în vârstă de până la 18 ani sau cel mult până la împlinirea vârstei de 26 de ani, dacă se află în continuarea studiilor.

³ A se vedea art. 1 din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar, publicată în M. Of. nr. 327 din 25 aprilie 2008, modificată inclusiv prin O.U.G. nr. 80/2013, publicată în M. Of. nr. 392 din 29 iunie 2013.

⁴ Fl. Măgureanu, *Drept procesual civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 109.

Cu privire la situația financiară a persoanelor care pot solicita ajutorul public judiciar, ordonanța prevede faptul că poate beneficia de ajutor public judiciar orice persoană al cărei venit mediu net lunar pe membru de familie, în ultimele două luni anterioare formulării și depunerii cererii, se situează sub nivelul de 300 lei. În acest caz, sumele care constituie ajutor public judiciar se achită în întregime de către stat.

În cazul în care venitul mediu net lunar pe membru de familie, în ultimele două luni anterioare formulării cererii, se situează sub nivelul de 600 de lei, ajutorul public judiciar acoperit de stat poate fi de 50% din contravaloarea cheltuielilor.

În anumite cazuri excepționale, statul acordă ajutor public judiciar unor categorii de persoane indiferent de starea materială a solicitantului. Aceste situații speciale vizează aspecte precum minoritatea, handicapul, dar numai pentru apărarea sau recunoașterea unor drepturi sau interese rezultate ori aflate în legătură cu situația specială.

Valoarea ajutorului public judiciar acordat, cumulativ sau separat, nu poate depăși în cursul unei perioade de un an suma maximă echivalentă cu 10 salarii minime brute pe țară, la nivelul anului în care a fost formulată cererea. Conform legislației actuale, salariul minim brut pe țară este de 1.050 lei începând cu data de 1 iulie 2015⁵, astfel cuantumul ajutorului public judiciar nu poate depăși suma de 10.500 lei (în cazul în care cererea ar fi formulată după data de 1 iulie 2015).

La stabilirea venitului se iau în calcul orice venituri periodice, precum salarii, indemnizații, onorarii, rente, chirii, profit din activități comerciale sau din activități independente, sunt cuprinse la calculul venitului și sumele datorate de către cetățeni, precum chiriile și obligațiile de întreținere.

În cazul în care starea materială a solicitantului se îmbunătățește sau dacă solicitantul ajutorului public judiciar va înceta din viață, dreptul la ajutor public judiciar se va stinge.

2.2. Diferența dintre ajutorul public judiciar acordat persoanelor fizice și cel acordat persoanelor juridice

Codul de procedură civilă⁶ prevede și posibilitatea persoanelor juridice de a beneficia de anumite facilități, reduceri, eșalonări sau amânări pentru plata taxelor judiciare de timbru datorate pentru acțiuni și cereri introduse la instanțele judecătorești.

Astfel, legiuitorul asigură și persoanelor juridice accesul liber la justiție prin aceste scutiri, reduceri, eșalonări sau amânări, fără de care se presupune ca aceste persoane juridice ar fi dezavantajate în actul de justiție. Spre deosebire de persoana fizică care poate solicita ajutor public judiciar pentru declanșarea și susținerea unui proces, inclusiv pentru executarea silită, dar și pentru o procedură necontencioasă în raport cu *autoritățile publice cu atribuții jurisdicționale*, persoana juridică poate beneficia doar de anumite scutiri ale taxelor judiciare sau anumite reduceri, eșalonări, amânări.

⁵ Conform H.G. nr. 1091/2014, art. 1 alin. (2), publicată în M. Of. nr. 902 din 11 decembrie 2014.

⁶ A se vedea art. 90 alin. (3) din Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003, aprobată prin Referendumul național din 18-19 octombrie 2003, confirmat prin Hot. CCE nr. 3 din 22 octombrie 2003.

2.3. Domeniul de aplicare a ajutorului public judiciar

În dreptul român, ajutorul public judiciar se acordă în cauze civile, comerciale, administrative, de muncă și asigurări sociale. Domeniul în care ajutorul public judiciar nu se aplică este ramura de drept penal, unde legiuitorul prevede un sistem diferit de asistență acordată cetățenilor în cauzele penale.

În legislația Uniunii Europene⁷ este prevăzut faptul că ajutorul public se acordă doar în cauzele civile și comerciale. Vedem astfel că legiuitorul român a extins sfera de aplicare și în cauze ce privesc dreptul muncii, cauze administrative sau cele ce vizează asigurările sociale, asigurând astfel un acces mai facil la justiție.

2.4. Formele ajutorului public judiciar

Potrivit art. 6 din ordonanță, ajutorul public judiciar poate viza plata onorariului avocatului pentru asigurarea reprezentării, asistenței juridice, apărării, pentru realizarea sau ocrotirea unui drept ori a unui interes legitim în justiție sau pentru prevenirea unui litigiu.

Importantă este precizarea legiuitorului referitoare la avocat, acesta putând fi ales sau numit, solicitantul având la îndemână ambele opțiuni, singura restrângere fiind cea referitoare la cuantumul ajutorului public judiciar.

Ajutorul public judiciar prevede și plata expertului și a traducătorului ori a interpretului folosit în proces cu încuviințarea instanței, dar și plata executorului judecătoresc.

Ajutorul public judiciar vizează și reduceri, eșalonări sau amânări de la plata taxelor judiciare, inclusiv a celor datorate în faza de executare silită.

Având în vedere dispozițiile O.U.G. nr. 80/2013⁸ privind taxele judiciare de timbru, putem considera că impunerea acestor taxe ar constitui o piedică în realizarea unui proces echitabil și o piedică la accesul liber la justiție.

Pe plan procesual, accesul liber vizează dreptul la acțiunea în justiție deoarece neplata taxelor de timbru judiciar sunt sancționate cu respingerea cererii. Accesul liber la justiție presupune posibilitatea oricărei persoane de a se adresa direct și nemijlocit oricărei instanțe. Chiar dacă accesul la justiție nu e gratuit, putem considera că se încalcă principiul proporționalității în cazul în care se stabilesc taxe de timbru exorbitante care depășesc resursele financiare ale solicitantului. Se presupune că nu există un raport rezonabil de proporționalitate între cerințele de interes general referitoare la buna administrare a justiției, a creșterii calității actului de justiție și a protecției drepturilor fundamentale ale individului.

Art. 6 din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar cuprinde pct. d) „*scutiri, reduceri, eșalonări sau amânări de la plata taxelor judiciare prevăzute de lege*”, dar și pct. a) prevede plata onorariului avocatului în orice fază a procesului și, totuși, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 462/2014, a considerat ca fiind neconstituționale art. 13 alin. (2), art. 83 alin. (3) și art. 486 alin. (3) C. pr. civ.

⁷ A se vedea Directiva 2003/8/CE a Consiliului, publicată în JOUE din 27 ianuarie 2003.

⁸ A se vedea O.U.G. nr. 80/2013 privitoare la taxele judiciare de timbru, publicată în M. Of. nr. 392 din 29 iunie 2013.

Curtea a declarat respectivele articole ca fiind neconstituționale, ținând seama și de beneficiile art. 90 C. pr. civ. privind asistența judiciară și de cele ale O.U.G. nr. 51/2008 prin intermediul cărora orice parte are dreptul la asistență judiciară gratuită, în tot sau în parte, în funcție de condițiile financiare.

Curtea Constituțională a considerat că O.U.G. nr. 51/2003 vizează doar o categorie restrânsă de cetățeni, iar pe lângă condițiile privitoare la venit, cuantumului ajutorului public judiciar este limitat în cursul unui an⁹.

Pe cale de consecință, s-ar putea ridica excepția de neconstituționalitate și în cazul taxelor judiciare de timbru și al art. 197 C. pr. civ. privind timbrarea cererii, care ar încălca art. 21 din Constituția României cu privire la accesul liber la justiție. Orice persoană trebuie să aibă acces direct și nemijlocit pentru apărarea drepturilor și libertăților și intereselor legitime, drepturi prevăzute și de art. 6 al Convenției europene a drepturilor omului.

Diferența dintre taxele judiciare de timbru și taxele plătite avocaților rezultă din faptul că taxele judiciare de timbru au menirea de a susține calitatea actului de justiție, fiind taxe ce intră în bugetul public al statului, iar taxele către avocați sunt taxe private. Însă ajutorul public judiciar ce vizează scutirea, reducerea, eșalonarea sau amânarea plății taxelor de timbru prevăzute de lege acoperă doar o categorie restrânsă de cetățeni care se încadrează în condițiile legii. Constituția României prevede în art. 16 egalitatea în drepturi a cetățenilor, cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice fără privilegii și fără discriminări.

Pe cale de consecință, am putea considera că O.U.G. nr. 80/2013 nesocotește prevederile legii supreme cu privire la egalitate și acces liber la justiție¹⁰.

3. Procedura de acordare a ajutorului public judiciar. Scurte considerente

Ajutorul public judiciar poate fi solicitat de persoana care îndeplinește condițiile prezentate, printr-o cerere formulată în scris ce va cuprinde mențiuni despre natura și obiectul procesului, datele personale ale solicitantului, date privind starea materială a sa și a familiei. Starea materială trebuie probată prin acte doveditoare, acte ce privesc veniturile, dar și cheltuielile de întreținere, pentru a justifica situația financiară și resursele insuficiente ce nu-i pot asigura solicitantului un acces efectiv la justiție, fără a crea o situație discriminatorie. Ordonanța prevede și obligația solicitantului de a da o declarație pe proprie răspundere prin care acesta va preciza dacă a mai beneficiat în ultimele 12 luni de ajutor public judiciar, în ce formă, pentru ce cauză, dar și cuantumului acestui ajutor. Ajutorul public judiciar nu poate depăși cuantumului a 10 salarii medii nete într-un an, astfel solicitantul putând beneficia de ajutor judiciar în limita acestui cuantum.

Cererea va fi adresată instanței competente pentru soluționarea cauzei sau a instanței de executare în cazul în care ajutorul public judiciar vizează executarea silită. Dacă instanța competentă nu poate fi stabilită, atunci cererea de ajutor public judiciar va fi soluționată de judecătoria în a cărei circumscripție teritorială își are domiciliul sau reședința solicitantul.

⁹ Dec. CCR 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.

¹⁰ A se vedea Constituția României, art. 16 alin. (1) și (2) și art. 21 alin. (1)-(3).

În cazul unui proces aflat în curs, cererea de ajutor public judiciar se va soluționa de către completul investit cu judecarea cererii principale. Ajutorul public judiciar poate fi acordat oricând în timpul judecării de la data formulării cererii până la finalizarea procesului. Cererea pentru acordarea ajutorului public judiciar este scutită de taxele de timbru.

Instanța va soluționa cererea în camera de consiliu fără citarea părților, urmând ca printr-o încheiere să o aprobe sau să o respingă. Încheierea nu este supusă niciunei căi de atac, solicitantul poate cere reexaminarea cererii de respingere în termen de 5 zile de la comunicarea încheierii.

În cazul în care partea solicită ajutor public judiciar pentru exercitarea unei căi de atac, acesta va fi obligat la formularea unei noi cereri ce va fi adresată instanței a cărei hotărâre se atacă, în termenul pentru exercitarea căii de atac. Această cerere se soluționează de un alt complet decât cel care a soluționat cauza pe fond. Termenul pentru exercitarea căii de atac va începe să curgă de la data comunicării încheierii. În cazul în care prin cererea care este admisă, solicitantul a cerut plata onorariului sau asistență juridică din partea unui avocat, instanța va trimite încheierea solicitantului Baroului de avocați. Baroul trebuie să desemneze în termen de 48 de ore un avocat, iar de la data desemnării avocatului începe să curgă un nou termen pentru exercitarea căii de atac.

Formularea legiuitorului este puțin ambiguă în ceea ce privește curgerea termenului pentru exercitarea căii de atac. Astfel, art. 13 alin. (3) prevede că *„de la data comunicării încheierii prin care s-a soluționat cererea de ajutor public judiciar, ori după caz, cererea de reexaminare, în sensul admiterii, respectiv al respingerii, începe să curgă un nou termen pentru exercitarea căii de atac”*, iar în alin. (5) *„de la data desemnării avocatului începe să curgă un nou termen pentru exercitarea căii de atac”*.

Considerăm că legiuitorul ar trebui să prevadă expres faptul că termenul pentru exercitarea căilor de atac începe să curgă în funcție de formele ajutorului public judiciar acordat, specificând faptul că, în cazul art. 6 lit. a), termenul va începe să curgă din momentul desemnării de către Barou a unui avocat, iar pentru lit. b)-d), termenul va începe să curgă în momentul comunicării încheierii.

Dacă ajutorul public judiciar se solicită pentru punerea în executare a unei hotărâri, cererea este de competența instanței de executare. În cazul încuviințării cererii, prin încheierea de aprobare a ajutorului public judiciar se stabilește și onorariul provizoriu convenit executorului judecătoresc. Atât cererea, cât și încheierea se trimit Camerei teritoriale a executorilor judecătorești din circumscripția teritorială a acelei instanțe. Beneficiarul cererii poate cere el însuși un executor judecătoresc competent teritorial sau colegiul director al camerei teritoriale a executorilor judecătorești desemnează în termen de 3 zile un executor. După îndeplinirea atribuțiilor, executorul judecătoresc are dreptul la un onorariu definitiv în funcție de complexitatea cauzei și de volumul de lucrări.

Legea prevede și posibilitatea acordării de ajutor public judiciar sub forma plății onorariului expertului, traducătorului sau interpretului în cazul încuviințării cererii de către instanță.

Legiuitorul prevede și posibilitatea ca instanța să încuviințeze cereri de acordare a facilităților fiscale la plata taxelor judiciare. Astfel, instanța poate stabili scutirea totală de plată a taxelor judiciare, o cotă de reducere, termene de plată și cuantumul ratelor.

În cazul în care taxele judiciare datorate sunt mai mari decât dublul venitului net lunar pe familie al solicitantului din luna anterioară formulării cererii de ajutor public judiciar, legea dă posibilitatea eşalonării plății, astfel încât rata lunară datorată să nu depășească jumătate din venitul net pe familie, dacă instanța nu apreciază necesară acordarea unei alte forme de ajutor. Eşalonarea plății taxelor judiciare se poate face în cel mult 48 de rate lunare¹¹.

Ajutorul public judiciar presupune și ajutorul acordat solicitantului într-o procedură extrajudiciară. Prin intermediul unui avocat, solicitantul poate fi sprijinit în acordarea de consultații, formularea unor cereri, petiții, sesizări, inițierea unor demersuri legale, precum și prin reprezentarea în fața unor autorități publice altele decât cele judiciare.

Ajutorul public judiciar poate fi refuzat atunci când este solicitat abuziv, când costul său estimat este disproporționat în raport cu valoarea obiectului cauzei, când este solicitat pentru motive ce contravin ordinii publice sau constituționale, în cazul în care se poate apela la metodele alternative de soluționare a conflictelor, când solicitantul pretinde despăgubiri pentru atingeri aduse imaginii, onoarei sau reputației, în condițiile în care nu a suferit niciun prejudiciu material, și în cazul în care cererea decurge din activitatea comercială sau o activitate independentă desfășurată de solicitant.

4. Aspecte privitoare la caracterul public al ajutorului public judiciar

În ceea ce privește terminologia conceptului de ajutor public judiciar, legiuitorul a încercat să unifice anumiți termeni pentru exprimarea aceluiași concept fără a lăsa loc de interpretări sau confuzii, deoarece în legislația în vigoare întâlnim concepte precum asistența judiciară (în Codul de procedură civilă), asistența juridică obligatorie, asistența din oficiu (în Codul de procedură penală), asistența judiciară gratuită și asistența gratuită (în Legea nr. 51/1995 și în Statutul profesiei de avocat).

Termenul ales de către legiuitor trebuia să reflecte atât caracterul juridic al asistenței, incluzând atât asistența judiciară, cât și asistența extrajudiciară, dar și formele de ajutor care includ asigurarea unui avocat, executor judecătoresc, translator, traducător, plata expertului, scutirea sau reducerea de taxe judiciare.

Fondul pentru acordarea ajutorului public judiciar se finanțează prin resurse bugetare, o parte fiind alocată anual de Ministerul Justiției, iar cealaltă parte din taxele judiciare de timbru și amenzi judiciare. Se consideră că este o încercare de justificare a funcției taxei judiciare de timbru de a se întoarce la cetățenii care nu pot face față cheltuielilor într-un proces¹².

Fondurile¹³ care sunt necesare acoperirii cheltuielilor pentru acordarea ajutorului public judiciar sunt cuprinse în fondul pentru ajutor public judiciar, fond cuprins distinct în bugetul

¹¹ Art. 34 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar.

¹² D.L. Băldean, G.C. Frentiu, *Ajutorul public judiciar în materie civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 19.

¹³ Conform art. 26 din O.U.G. nr. 75/2008 – lit. a): „o cotă de 70% va fi cuprinsă în bugetul de venituri și cheltuieli al Ministerului Justiției și Libertăților Cetățenești, din care 50% va fi folosită pentru finanțarea sistemului de ajutor public judiciar și a sistemului de asistență juridică, iar 20% va avea ca destinație cheltuieli de investiții și cheltuieli curente”.

de venituri și cheltuieli al Ministerului Justiției. Sumele care provin din taxele judiciare de timbru¹⁴, amenzile judiciare, impozitele încasate din onorariile avocaților, ale notarilor publici și ale executorilor judecătorești constituie venituri la bugetul de stat și se cuprind distinct în bugetul de venituri și cheltuieli al Ministerului Justiției, fiind folosite pentru finanțarea sistemului de ajutor public judiciar¹⁵.

Directiva europeană 2003/8/CE privind îmbunătățirea accesului la justiție în cazul litigiilor transfrontaliere prevede că fiecare stat are facultatea de a acoperi sau nu cheltuielile de judecată ale părții potrivnice, în cazul în care persoana care a beneficiat de ajutor public judiciar cade în pretenții.

Legiuitorul român menționează faptul că, dacă solicitantul va pierde procesul, cheltuielile de judecată ale celeilalte părți vor fi în sarcina sa, precum și obligarea restituirii celorlalte sume primite cu titlu de ajutor public judiciar în cazul în care instanța constată că cererea de ajutor public judiciar a fost făcută cu rea-credință sau pentru a ascunde adevărul¹⁶. Pe lângă această restituire, instanța îl poate obliga și la o amendă în cuantum de până la 5 ori suma pentru care a obținut nejustificat și nelegal scutirea.

În cazul în care cealaltă parte din proces va cădea în pretenții, statul este cel care va avea dreptul la recuperarea cheltuielilor judiciare. În cazul în care partea care a beneficiat de ajutor public judiciar a câștigat procesul printr-o hotărâre definitivă și irevocabilă și dobândește bunuri sau drepturi de creanță a căror valoare depășește de 10 ori cuantumul ajutorului public judiciar acordat, acesta va fi obligat să restituie ajutorul.

Ministerul Justiției a fost desemnat ca fiind autoritatea centrală română în materia acordării ajutorului public judiciar, având atribuții de control, de coordonare, de informare, de evaluare.

Coroborând aceste aspecte, considerăm că ajutorul judiciar în materie civilă este un ajutor public deoarece statul este garantul asigurării liberului acces la justiție și a egalității în fața legii. Statul este cel care asigură asistența juridică în materie civilă, plătind din bugetul public toate costurile procedurii, atât pentru cetățenii români, cât și pentru cetățenii statelor membre.

5. Aspecte privitoare la constituționalitatea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2008

Cu privire la constituționalitatea ordonanței, Curtea Constituțională a fost sesizată prin excepția de neconstituționalitate ce a fost ridicată de SC „Genel International” – SRL din comuna Rebra, județul Bistrița-Năsăud, într-un dosar aflat pe rolul Judecătoriei Suceava.

¹⁴ Potrivit O.U.G. nr. 75/2008 privind stabilirea de măsuri pentru soluționarea unor aspecte financiare în sistemul justiției – art. 26 alin. (4), sumele provenite din taxele judiciare de timbru se constituie venituri la bugetele locale.

¹⁵ Art. 26 alin. (1) din Legea nr. 147/1997 privind taxele judiciare de timbru, publicată în M. Of. nr. 173 din 29 iulie 1997, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁶ Fl. Măgureanu, *op. cit.*, p. 110.

Obiectul excepției de neconstituționalitate îl constituiau dispozițiile art. 1, art. 2, art. 4, art. 6-9, art. 12, art. 14 și art. 16 din O.U.G. nr. 51/2008.

Examinând excepția de neconstituționalitate invocată, Curtea reține că, în ceea ce privește invocarea prevederilor constituționale ale art. 115¹⁷, din perspectiva inexistenței situației extraordinare și a nemotivării urgenței adoptării ordonanței de urgență, instanța de contencios constituțional a statuat că pentru emiterea unei ordonanțe de urgență este necesară existența unei stări de fapt obiective, cuantificabile, independente de voința Guvernului, care pune în pericol un interes public. Astfel, prin Decizia nr. 255 din 11 mai 2005 și prin Decizia nr. 1.008 din 7 iulie 2009, Curtea a reținut implicațiile deosebirii terminologice dintre noțiunea de „caz excepțional”, utilizată în concepția art. 115 alin. (4) din Constituție, anterior revizuirii, și cea de „situație extraordinară”, arătând că, deși diferența dintre cei doi termeni, din punct de vedere al gradului de abatere de la obișnuit sau comun căruia îi dau expresie, este evidentă, același legiuitor a simțit nevoia să o pună la adăpost de orice interpretare de natură să minimalizeze o atare diferență, prin adăugarea sintagmei „a căror reglementare nu poate fi amânată”, consacrand, astfel, *in terminis*, imperativul urgenței reglementării. Prin aceleași decizii, Curtea a reamintit jurisprudența sa anterioară revizuirii Legii fundamentale și a precizat că de esența cazului excepțional este caracterul său obiectiv, în sensul că „existența sa nu depinde de voința Guvernului care, în asemenea împrejurări, este constrâns să reacționeze prompt pentru apărarea unui interes public pe calea ordonanței de urgență”.

Raportat la cauza de față, Curtea observă că Guvernul a motivat urgența ca fiind determinată de:

– obligația transpunerii Directivei Consiliului Uniunii Europene 2003/8/CE privind îmbunătățirea accesului la justiție în cazul litigiilor transfrontaliere, prin stabilirea de reguli minime comune referitoare la asistența judiciară acordată în cadrul acestor categorii de cauze;

– standardele minime pentru ca sistemul de asistență judiciară să fie considerat ca asigurând un acces efectiv la justiție cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene, iar preluarea acestor standarde în plan legislativ presupune crearea unor condiții cel puțin identice în plan intern, pentru a nu conduce la apariția unor discriminări între proprii cetățeni și cetățenii celorlalte state membre ori persoane care au domiciliul ori reședința obișnuită pe teritoriul unui stat membru și care ar solicita asistență judiciară în fața instanțelor sau a altor autorități cu atribuții jurisdicționale române;

– de faptul că accesul la justiție – expresie a principiilor democratice într-un stat de drept și a supremației legii – trebuie să fie efectiv, iar costurile unei proceduri judiciare nu trebuie să constituie o piedică în încercarea de a apela la justiție pentru realizarea sau apărarea unui drept, justificând, în anumite situații și condiții, susținerea din partea statului, din resurse financiare publice.

Având în vedere jurisprudența cu privire la art. 115 alin. (4) din Constituție la care s-a făcut referire mai sus, precum și motivele invocate de Guvern, Curtea a considerat că

¹⁷ Art. 115 alin. (4): „Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență numai în situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată având obligația de a motiva urgența în cuprinsul acestora”.

există o stare de fapt obiectivă, cuantificabilă și independentă de voința Guvernului care a stat la baza adoptării ordonanței de urgență menționate.

Având în vedere cele statuate, Curtea Constituțională a apreciat că reglementarea criticată îndeplinește exigentele urgenței prevăzute în Constituție.

În opinia noastră, prin reglementarea cadrului legal al ajutorului public judiciar se urmărește asigurarea efectivității dreptului de acces la justiție, prin stabilirea unor condiții minime și rezonabile. Spre exemplu, Decizia nr. 264 din 24 februarie 2009 prevede că stabilirea unor limite și condiții privind acordarea ajutorului public judiciar a fost determinată de posibilitatea asigurării resurselor financiare publice necesare acordării ajutorului, de realizarea unei distribuiri echitabile a ajutorului în formele prevăzute la art. 6 din ordonanța de urgență, de prevenirea exercitării abuzive a cererii de ajutor și a prejudicierii altor categorii de persoane fizice care ar fi în nevoie de susținere din partea statului și l-ar solici-ta, fără a se îngredi în acest mod accesul efectiv la justiție.

Curtea a constatat astfel că reglementările criticate nu conțin norme de natură să îngreudească accesul liber la justiție și să afecteze echitabilitatea procesului, fiind conforme scopului stabilit de Directiva 2003/8/CE și fiind, totodată, în deplină concordanță cu nor-mele constituționale sau convenționale invocate.

Considerăm că, totodată, chiar dacă au calitatea de părți în cadrul unui litigiu, persoa-nele juridice și cele fizice nu se pot compara sub aspectul situației juridice în care se află. Pe de altă parte, art. 4 din Constituție, stabilind criteriile de discriminare, printre care și cel de avere, se referă la cetățenii României, deci la categoria persoanelor fizice, și nu juridice.

De aceea, rațiunea întregului act normativ criticat constă în înlesnirea accesului la justiție al cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene pentru apărarea drepturilor, libertăților și intereselor lor legitime.

Pe cale de consecință, Curtea Constituțională a decis respingerea ca neîntemeiată a excepției de neconstituționalitate, ce are ca obiect dispozițiile art. 1, art. 2, art. 4, art. 6-9, art. 12, art. 14 și art. 16 din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă¹⁸.

La data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 51/2008 au fost abrogate unele prevederi din actele normative, precum art. 74-81 C. pr. civ., alin. (1) al art. 21 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru și art. 295 alin. (11) lit. b) din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal¹⁹.

Concluzii

Ajutorul public judiciar are rolul de a îmbunătăți accesul la justiție atât pentru cetățenii români, cât și pentru cetățenii Uniunii Europene, astfel încât România se conformează Directivei 2003/8/CE a Uniunii Europene, privitoare la îmbunătățirea accesului la justiție în

¹⁸ Dec. CCR nr. 374 din 26 iunie 2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 1, art. 2, art. 4, art. 6-9, art. 12, art. 14 și art. 16 din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în ma-terie civilă, publicată în M. Of. nr. 594 din data de 8 august 2014.

¹⁹ A se vedea art. 53 din O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar în materie civilă din România.

cazul litigiilor transfrontaliere prin stabilirea unor norme minime comune privind asistența judiciară acordată în astfel de litigii pentru a nu conduce la apariția unor situații discriminatorii între cetățenii români și cetățenii statelor membre.

Însă, în anumite situații, ajutorul public judiciar nu asigură accesul tuturor cetățenilor la justiție. Orice cetățean trebuie să aibă posibilitatea de a-și valorifica sau apăra drepturile prin intermediul instanței, fără ca situația financiară personală să constituie o piedică. Pe cale de consecință, considerăm că trebuie completate și lărgite condițiile de acordare a ajutorului public judiciar, astfel încât să poată beneficia de acesta un număr mult mai mare de cetățeni.

II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE

Conferințele Facultății de Drept

1. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, Seria *Prelegerile Hexagonului*, în data de 10 ianuarie 2017, prelegerea *Orientări jurisprudențiale în materia administrării societăților (comerciale)*, susținută de prof. univ. dr. **Lucian Săuleanu**, de la Facultatea de Drept a Universității din Craiova.

2. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în data de 17 martie 2017, în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, prelegerea ***Brexit and Its Consequences – Analysis, Position and Reform Proposals Europe – Making it fit for the Future***, susținută în ciclul „Conferințele Facultății de Drept” de dr. **Michale Jäger** – Secretar general, Taxpayers Association of Europe, Vicepreședinte Bund der Steuerzahler in Bayern.

3. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul European de Studii și Cercetări Juridice a organizat, în data de 25 martie 2017, Conferința științifică „*Conflictele de natură constituțională*”.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Verginia Vedinaș** – Facultatea de Drept, Universitatea din București; prof. univ. dr. **Dan Claudiu Dănișor** – Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; conf. univ. dr. **Ovidiu Podaru** – Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș- Bolyai” Cluj-Napoca; conf. univ. dr. **Sebastian Rădulețu** – Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; lect. univ. dr. **Mădălina Dănișor** – Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; lect. univ. dr. **Elena Mădălina Nica** – Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; prof. univ. dr. **Valentin Constantin** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; prof. univ. dr. **Anton Trăilescu** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; prof. univ. dr. **Ioan Vida** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; prof. univ. dr. **Mircea Criste** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, adjunctul Avocatului Poporului; prof. univ. dr. **Viorel Pașca** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; prof. univ. dr. **Tiberiu Medeanu** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; conf. univ. dr. **Cristian Clipa** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; lect. univ. dr. **Lucian Bojin** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; lect. univ. dr. **Andreea Verteș-Olteanu** – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; dr. **Petre Lăzăroiu** – Judecător la Curtea Constituțională a României; dr. **Ionita Conchințu** – Magistrat-asistent la Curtea Constituțională a României.

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în zilele 27-30 martie 2017, în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, seria de cursuri ***Competition, the Internet and Digitisation***, susținute de dr. **Rainer Kulms**, de la Max Planck Institute of Comparative and International Private Law (Hamburg).

5. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara – Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara – a organizat, în ciclul „Colocviile juridice ale Băncii Naționale a României”, Conferința de drept bancar „Formele speciale ale creditului bancar”, ediția a VI-a în data de 31 martie 2017.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Lucian Bercea** (Decanul Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) și conf. univ. dr. **Florin I. Mangu** – *Remediile ordonatorului împotriva beneficiarului în cazul executării nejustificate a scrisorii de garanție bancară*; **Alexandru Păunescu** (Directorul Direcției Juridice a Băncii Naționale a României) – *Informația și riscul – componente asimetrice ale contractului de credit*; prof. univ. dr. **Silviu Cerna** (Facultatea de Economie și Administrare a Afacerilor) – *Băncile în economie*; Dr. **Ianfred Silberstein** (Președintele Asociației Europene pentru Drept Bancar și Financiar – România) – *Creditul bancar – activitate esențială a instituțiilor de credit*; **Florin Șandor** (Director general adjunct, Intesa Sanpaolo Bank România) – *Utilitatea economico-socială a creditului*; prof. univ. dr. **Valeriu Stoica** (Facultatea de Drept, Universitatea din București) – *Utilitatea convențiilor cu privire la ordinea îndeplinirii creditorilor în domeniul creditului bancar*; prof. univ. dr. **Gheorghe Piperea** (Facultatea de Drept, Universitatea din București) – *Contractul de facilitare de credit. Privire specială asupra cardului de credit*; conf. univ. dr. **Ionuț-Florin Popa** (Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) – *Factoringul – un transplant juridic acceptat de dreptul comun?*; conf. univ. dr. **Radu Rizoiu** (Facultatea de Drept, Universitatea din București) – *Banca te creditează și când te garantează? Scrisoarea de garanție ca instrument de creditare*; dr. **Rainet Kulms** (Max Planck Institute of Comparative and International Private Law – Hamburg) – *Crowdfunding – An Alternative do Banking?*; prof. univ. dr. **Lucian Săuleanu** (Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova) – *Riscul în contractele de credit bancar*; **Mihai Selegean** (Directorul Direcției Juridice a BRD – Groupe Société Générale) – *Facilitatea de credit neangajantă în contextul IFRS 9*; **Ioana Regenbogen** (Directorul Direcției Juridice a ING România) – *Factoringul invers – funding the unfundable?*; lect. univ. dr. **Sergiu Golub** (Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca) – *Scurte considerații despre fideiusiunea și ipoteca „intrapatrimonială”*; **Stan Tîrnoveanu, Elena Iacob** (Avocați parteneri Racoți&Partners) – *Creditul sindicalizat și particularitățile acestuia*; **Simona Petrișor** (Avocat partener Bondoc&Asociații în alianță cu White&Case) – *Considerații privind regimul juridic și constrângerile reglementare aplicabile creditului bancar de achiziție*; prof. univ. dr. **Florin-Aurel Moțiu** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Considerații privind regimul juridic și constrângerile reglementare aplicabile creditorului bancar de achiziție*; lect. univ. dr. **Florina Popa** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Câteva observații privind modificările aduse de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 52/2016 în materia cesiunii unor creanțe bancare*.

6. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, în colaborare cu Facultatea de Drept din cadrul Universității din Pécs, Ungaria, a organizat în data de 7 aprilie 2017, în ciclul de conferințe internaționale *Journal of Eastern European Criminal Law*, Conferința de drept penal „Evoluții și tendințe în dreptul penal contemporan”, ediția a II-a.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Zoran Pavlovic** (Directorul Departamentului de Drept penal, Facultatea de Drept, Universitatea Novi Sad, Serbia) – *Omisiunea acordării de ajutor: de la sindromul Genovese la legea bunului samaritean*; prof. univ. dr. **István László Gál** (Departamentul de Drept penal, Facultatea de Drept, Universitatea din Pécs, Ungaria) – *Sursele și tehnicile finanțării terorismului*; conf. univ. dr. **Igor Vuletic** (prodecan, Facultatea de Drept, Universitatea Osijek, Croația) – *Viitorul mandatului european de arestare ulterior cauzelor Aranyosi și Căldăraru*; prof. univ. dr. **Goran P. Ilic** (Facultatea de Drept, Universitatea din Belgrad, Serbia), dr. **Miodrag Majic** (Judecător la Curtea de Apel din Belgrad, Serbia), asistent **Aleksandra Ilic** (Facultatea de Științe ale Securității, Universitatea din Belgrad, Serbia) – *Limite ale libertății de exprimare*; prof. univ. dr. **Nikola Dujoski** (Decan al Facultății de Securitate, Skopje, Macedonia), prof. univ. dr. **Snezana Mojsoska** (prodecan, Facultatea de Securitate, Skopje, Macedonia) – *Gestionarea circulației refugiaților și a eficienței controlului la frontiere – importanța cooperării și a schimbului de informații între autoritățile din statele vecine*; prof. univ. dr. **Alexsander Boskovic** (Academia de Poliție Belgrad, Serbia) – *Câteva considerații privind statutul legal al victimei în procedura penală din Serbia*; conf. univ. dr. **Igor Vuletic** (prodecan, Facultatea de Drept, Universitatea Osijek, Croația), drd. **Davor Simunic** – *Noul concept al infracțiunilor sexuale în dreptul penal croat*; prof. univ. dr. **Ruxandra Răducanu** (Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova) – *Omisiunea sesizării. Favorizarea făptuitorului. Delimitare. Probleme de practică judiciară*; prof. univ. dr. **Valentin Mirișan** (Facultatea de Drept, Universitatea din Oradea) – *Eroarea de drept penal – cauză de neimputabilitate. Prezentare din perspectiva dreptului penal comparat și a dreptului penal român*; prof. univ. dr. **Viorel Pașca** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *De la predictibilitatea legii la predictibilitatea jurisprudenței*; prof. univ. dr. **Tiberiu Medeanu** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Migranții și terorismul – cauze și consecințe*; conf. univ. dr. **Florentina Muțiu** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Tendențe ale dreptului penal european asupra criminalității organizate*; conf. univ. dr. **Dorel-Lucian Julean** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Judecătorul de drepturi și libertăți în justiția penală română*; lect. univ. dr. **Laura-Maria Stănilă** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Adevărata față a Curții Constituționale – Albă ca Zăpada sau Regina cea Rea?*; lect. univ. dr. **Ioana-Celina Pașca** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Tendența incriminării actelor preparatorii ca infracțiune de sine stătătoare sau tentativă*; lect. univ. dr. **Voicu Pușcașu** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Excepții de la regula excluderii probelor derivate în noul Cod de procedură penală român*; lect. univ. dr. **Flaviu Ciopec** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Controlul criminalității sau procesul echitabil – tendințe în justiția penală română*; av. **Adrian Stan** (Uniunea Națională a Barourilor din România) – *Redeschiderea procedurilor penale și dreptul la un proces echitabil*; drd. **Darian Rakitovan** (Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara) – *Direcția de investigare a crimei organizate-instrument de combatere a infracțiunilor grave în Serbia*.

7. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara, a organizat în perioada 12-13 mai 2017, Conferința de drept civil „*Bunurile corporale*”.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Valeriu Stoica** (Facultatea de Drept, Universitatea din București) – *Dincolo de ceea ce se poate atinge: noțiunea de bunuri corporale*; prof. univ. dr. **Mircea D. Bob** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Corporal și incorporal în Dreptul Roman*; prof. univ. dr. **Irina Sferdian** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Privire asupra aproprierii creanțelor*; lect. univ. dr. **Adina Buciuman** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Există un regim „real” al creanțelor?*; prof. univ. dr. **Paul Vasilescu** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Dare – o creanță imponderabilă?*; conf. univ. dr. **Radu Rizoiu** (Universitatea din București – Facultatea de Drept) – *Natura bunurilor corporale și garanțiile care se pot constitui asupra lor*; prof. univ. dr. **Sevastian Cercel** (Universitatea din Craiova – Facultatea de Drept) – *Dreptul asupra imaginii bunurilor*; prof. univ. dr. **Lucian Bercea** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Bank money/bank’s money? Limitele dreptului de proprietate asupra monedei scripturale*; conf. univ. dr. **Ionuț Florin Popa** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Cesiunea chiriilor, cesiunea locațiunii și cesiunea de creanță*; conf. univ. dr. **Dan-Andrei Popescu** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Cesiunea voluntară din perspectiva dreptului internațional privat*; conf. univ. dr. **Liviu Marius Harosa** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Un posibil regim juridic al codurilor de computer (computer codes) – balansări între proprietatea intelectuală, proprietatea virtuală și proprietatea pură și simplă*; conf. univ. dr. **Șerban Diaconescu** (Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept) – *Valențe ale know-how-ului din perspectiva calității de bun incorporal*; conf. univ. dr. **Lavinia Tec** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Considerații asupra transferului părților sociale și al acțiunilor*; lect. univ. dr. **Florina Popa** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Operațiuni privind fondul de comerț*; lect. univ. dr. **Sergiu Popovici** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Titlurile de valoare emise în formă electronică*; lect. univ. dr. **Alin Speriusi-Vlad**, lect. univ. dr. **Violeta Stratan** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Proprietatea asupra bunurilor corporale în Codul civil din Quebec. Studiu de caz. Efecte în domeniul proprietății intelectuale*; lect. univ. dr. **Oana Motica** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Determinarea noțiunii de bun conform prevederilor Codului civil*; lect. univ. dr. **Flaminia Stârc-Meclejan** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Care e prețul numelui tău?*; lect. univ. dr. **Andreea Verțeș-Olteanu** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Considerații privind regimul juridic aplicabil bunurilor digitale*; **Eva Forika** (avocat, NNDKP Timișoara) – *Aportul bunurilor corporale la capitalul social al societăților. Perspectiva practicii societare*; conf. univ. dr. **Florin Mangu** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Dreptul la repararea prejudiciului cauzat printr-o faptă ilicită extracontractuală*; lect. univ. dr. **Codruța Guzei-Mangu** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Drepturi potestative în*

materia garanțiilor obligațiilor; conf. univ. dr. **Cristian Clipa** (Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept) – *Bunul incorporat – obiect derivat al unor particulare raporturi de drept administrativ*.

8. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, în colaborare cu Centre for Legal Education and Social Theory (CLEST) al Universității Wrocław din Polonia, a organizat în perioada 25-26 mai 2017, workshop-ul internațional „*Law and Ideology: Adjudication and the Political*”.

La conferință au participat: **Filip Rakoczy** (Wrocław) – *External and internal perspective on judicial discretion*; **Bojan Tubic** (Novi Sad) – *Independence of the judiciary in Serbia – historical overview and current problems*; **Miklós Merényi** (Budapeste) – *Red Mud and Other Messes: the Court vs. the Populists in the Kolontár Case*; **Lukasz Perlikowski** (Torun) – *Neutrality of Law and Perfectionist Liberalism*; **Lukasz Swiecicki** (Siedlce) – *Adjudication and the Political: Carl Schmitt’s “Gesetz ybd Urteil” as a Prelude to his Decisionims*; **Jolanta Sawicka** (Varșovia) – *Civic Duties and Political Engagement*; **Laura Gheorghiu** (Graz), *Adjudicating the Political*; **Cosmin S. Cercel** (Nottingham), **Bogdan Iancu** (București), **Michal Stambulski** (Wrocław), **Andreea Verteș-Olteanu** (Timișoara), **Karolina Kocemba** (Wrocław) – *(A)politicization of legal education in Poland?*; **Natalia Krestovska**, **Luiza Romanadze** (Odessa) – *Mediation: New Challenge For Higher Education of Ukraine*; **Wojciech Zomerski** (Wrocław) – *New Democracies in Crisis: Need for Redesigned Legal Education in CEE*; **Jakub Pokoj** (Cracovia) – *Ideology and law of obligations: Polish Code of Obligations in the Stalinist period (1948-1956)*; **Liviu Damșa** (Warwick/Birmingham) – *Slender “Judicialization of Politics”? The case of Romanian Restitution*; **Ionuț Tudor** (Iași) – *Tort law in Eastern Communist countries through ideological lenses*; **Marius Bălan** (Iași) – *Keeping the Political out of Constitutional Adjudication? Some Brief Remarks on Modern Times Mythology Based on the Recent Practice of the Romanina Constituional Court*; **Lukasz Necio** (Cracovia) – *Constitutional courts as victims of plurarilsm*; **Wojciech Kauczor** (Wrocław) – *The political of Constitutional Tribunal*; **Piotr Eckhardt** (Cracovia) – *Constitutional limits of taxation in the Constitution of the Republic of Poland*; **Sorina Ioana Doroga** (Timișoara) – *Taxation and Politics – an Affair?*; **Dan-Adrian Cărmidariu** (Timișoara) – *Romania’s consumer credit odyssey: leftist law makers, rightist judges? A law & economics perspective on the double interference in consumer credit contracts*; **John Magyar** (Cambridge) – *The Political Ambiguity of Common Law Textualism*; **Rafal Manko** (Amsterdam/Brussels/Wrocław) – *Critique of Adjudication (début du siècle): Ideology, Legal Interpretation and The Political*; **Alexandra Mercescu** (Timișoara) – *Bringing Politics Back into Law? A Comparativist’s Dilemma*; **Bogdan Iancu** (București) – *Constitutional Concepts and Good Governance Imperatives: The Meaning (s) of the “Rules of Law”*; **Cristian Clipa**, **Violeta Stratan** (Timișoara) – *Constitutional Law between Myths and Ideological Foundations*; **Andreea Verteș-Olteanu**, **Radu Ștefan Odangiu** (Timișoara) – *Judicial Review and the Specter of Politcs in Romania*; **Samir Foric** (Sarajevo) – *Political struggle for international criminal justice: a view form the Office of the Prosecutor in the Milosevic trial before the ICTY*; **Lucian Bojin** (Timișoara) – *What kind do frights? Human rights and environment in the*

international adjudication; Amarilla Kiss (Budapesta) – The Activity of the International Court of Justice in a Political Context; Raluca Bercea (Timișoara) – Ideologies Within and Behind the Decisions of the European Court of Human Rights.

9. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în ciclul „Prelegerile Facultății de Drept”, seria de cursuri susținute de profesorul **Pierre Legrand**, Universitatea Sorbonne, Paris, în data de 29 mai 2017, cu tema *Foreign as Speculation: An Example from Contract și Tracing Foreign Law: The Bodum Case*.

10. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, conferința susținută de profesorul **Pierre Legrand**, Universitatea Sorbonne, Paris, în data de 30 mai 2017, cu tema *The Normative Relevance of Foreign Law*.

III. EVENTIMENTE

**Acordarea titlului de *Doctor Honoris Causa*
domnului profesor Valeriu Stoica,
Universitatea din București**

În data de 11 mai 2017, a avut loc ceremonia de acordare a titlului de Doctor Honoris Causa Legum Scientiae d-lui prof. univ. dr. Valeriu Stoica, Universitatea din București, Facultatea de Drept. Ceremonia a avut loc în Aula Magna „Ioan Curea” a Universității de Vest din Timișoara. Din comisia de analiză pentru acordarea titlului onorific de Doctor Honoris Causa Legum Scientiae au făcut parte prof. univ. dr. Marilen-Gabriel Pirtea – Rectorul Universității de Vest din Timișoara, președinte, respectiv prof. univ. dr. Flavius-Antoniou Baias – Decanul Facultății de Drept din cadrul Universității București, prof. univ. dr.h.c. Liviu Pop – membru corespondent al Academiei Române, profesor emerit al Facultății de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, prof. univ. dr. Paul Vasilescu – Directorul Școlii Doctorale a Facultății de Drept din cadrul Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca, prof. univ. dr. Sebastian Cercel – Decanul Facultății de Drept din cadrul Universității din Craiova, prof. univ. dr. Lucian Bercea – Decanul Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, prof. univ. dr. Radu I. Motica – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara și prof. univ. dr. Ion Lulă – Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, în calitate de membri.

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA – SERIA DREPT

Criteria de tehnoredactare

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa: claudia.rosu@e-uvv.ro.

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor.

Textele trimise trebuie să fie redactate în conformitate cu cerințele standard ale revistei „Dreptul” editată de Uniunea Juriștilor din România.

Textul trebuie însoțit de un rezumat și de 3-5 termeni-cheie în limbile română și engleză.

Privitor la materialele care se publică, redacția își rezervă dreptul de a face sugestii, propuneri, modificări autorilor, iar dacă aceștia nu se conformează, să decidă nepublicare articolelor.

Colaboratorii sunt obligați să respecte legislația privind drepturile de autor evitând total orice formă de plagiat. În cazul preluării unor idei din alte lucrări, colaboratorii sunt obligați să le citeze și, când este cazul, să treacă între ghilimele unele pasaje din lucrările citate.

Redacția revistei nu-și asumă nicio răspundere pentru nerespectarea de către colaboratori în caz de plagiat și în general a oricărei nerespectări de către aceștia a reglementărilor din legislația privind drepturile de autor.

În caz de plagiat, parțial sau integral, întreaga răspundere, atât juridică (penală, contravențională, civilă), cât și deontologică revine în exclusivitate autorului care a săvârșit plagiatul, redacția revistei neasumându-și vreo răspundere pentru încălcarea legislației privind dreptul de autor și drepturile conexe de către persoanele care înaintează revistei materiale în vederea publicării.

*Prof. univ. dr. **Claudia Roșu**
Redactor-șef*

CUPRINS

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

SECȚIUNEA DE DREPT PUBLIC

Various Types of Interactions between Legal Systems within European and International Legal Order Prof. Dr. Rodoljub ETINSKI.....	5
Positive tolerance and solidarity. A paradigm change to counter the “Globalization of indifference” Prof. Cristina Hermida del LLANO	15
International law influencing European Law in the case of Human rights Assistant professor PhD. Elena TILOVSKA-KECHEDJI	25
Position of the UN Security Council Resolutions in the Legal Order of the European Union Assistant Professor Bojan TUBIC, PhD	33
Security risks – Forensic answer. (Security and forensic lessons of vanishing MH370 Malaysian airplane) Associate professor, dr. habil. Csaba FENYVESI	47
Scurte considerații privind infracțiunea de abuz în serviciu ulterior pronunțării Deciziei nr. 405/2016 a Curții Constituționale a României Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA, Avocat Vlad Radu BĂRAN**	58
Excluderea declarației de martor din procesul penal Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC	71
Unele probleme privind reglementarea procedurii contestării măsurii asigurătorii sau a modului de aducere la îndeplinire a acesteia în noul Cod de procedură penală.....	80
Lect. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU	80

Adoptarea măsurilor anti-abuz în cadrul aplicării Convențiilor de evitare a dublei impuneri Prof. univ. dr. Florin DUMITER.....	99
--	----

SECȚIUNEA DE DREPT PRIVAT

Unele aspecte privind prejudiciul prin ricoșeu în teorie și practica judiciară Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA, Drd. George MARA**	119
--	-----

Conținutul și regularizarea cererii de apel Lect. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD**	130
---	-----

Considerații privind condițiile de fond ale adopției în reglementarea noului Cod civil Alina Doina TĂNASE	144
--	-----

Ajutorul public judiciar în materia civilă, în contextul integrării României în Uniunea Europeană Drd. Mihai Mădălin ȚIBULEAC	167
--	-----

II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE

Conferințele Facultății de Drept.....	181
---------------------------------------	-----

III. EVENIMENTE

Acordarea titlului de <i>Doctor Honoris Causa</i> domnului profesor Valeriu Stoica, Universitatea din București	189
---	-----