

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

– *SERIA DREPT* –

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

– *LAW SERIES* –

NUMĂR SPECIAL 2024

Coordonator

Prof. univ. dr. Claudia Roșu

Conferința Ideilor Juridice Noi

Conferința Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept

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

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. univ. dr. Tristan AZZI, Tristan.Azzi@univ-paris1.fr – Universitatea Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Franța)
Prof. univ. dr. Attila BADÓ, attila@badoat.hu – Universitatea din Szeged (Ungaria)
Prof. univ. dr. emerit Jacques MALHERBE, jacques.malherbe@uclouvain.be – Universitatea Catolică din Louvain (Belgia)
Prof. univ. dr. Dušan NIKOLIĆ, d.nikolic@pf.uns.ac.rs – Universitatea din Novi Sad (Serbia)
Cercet.șt.dr. Johanna RINCEANU, j.rinceanu@csl.mpg.de – Institutul Max Planck pentru Studiul Criminalității, Siguranței și Dreptului, Freiburg (Germania)
Prof. univ. dr. Elisabeth SÁNDOR-SZALAY, sandor.erzsebet@ajk.pte.hu – Universitatea din Pécs (Ungaria)
Prof. univ. dr. Silvia SIGNORATO, silvia.signorato@unipd.it – Universitatea din Padova (Italia)

REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:

- Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA, radu.motica@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept civil și Drept comercial
Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA, viorel.pasca@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept penal și Drept procesual penal
Prof. univ. dr. Radu BUFAN, radu.bufan@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept financiar și Drept fiscal
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU, anton.trailescu@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept administrativ
Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN, irina.sferdian@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept civil
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA, lucian.bercea@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept comercial

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Prof. univ. dr. Claudia ROȘU, claudia.rosu@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil
Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU, codruta.mangu@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept civil
Conf. univ. dr. Laura STĂNILĂ, laura.stanila@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept penal
Conf. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU, voicu.puscasu@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept procesual penal
Conf. univ. dr. Sergiu POPOVICI, sergiu.popovici@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – Drept internațional privat
Conf. univ. dr. Andreea VERTEȘ-OLTEANU, andreea.vertes@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor, secțiunea Drept constituțional
Lect. univ. dr. Sorina DOROGA, sorina.doroga@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Secțiunea Dreptul Uniunii Europene
Conf. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD, alin.speriusi@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale
Conf. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN, flaminia.starc@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept comercial
Conf. univ. dr. Alin TRĂILESCU, alin.trailescu@e-uvv.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept administrativ

Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept – ISSN 1843-0651

Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept (Online)

ISSN 2784 – 1871 ISSN – L 1843 – 0651

Cuvânt-înainte

la primul număr special al Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept dedicat Conferinței Ideilor Juridice Noi

Ideea (nouă) de a propune o *Conferință a Ideilor Juridice Noi*, eveniment științific care constituie formula regenerată de desfășurare a Conferinței Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept, a apărut pe fondul nevoii de a promova ceea ce unul dintre cei mai importanți profesori ai Facultății de Drept din Timișoara susține că îi lipsește mediului academic românesc: spiritul critic și spiritul de competiție. Deși nu este absent cu desăvârșire din paginile de carte și revistă sau din sălile de conferință în care se întâlnesc juriștii din România, dialogul ideilor are nevoie de un cadru care să favorizeze analiza critică, dezbateri constructivă și (de ce nu?) polemica afabilă.

O carte relativ recentă despre care s-a spus că este „cea mai sinceră radiografie oferită dreptului românesc în ultima perioadă” – dedicată aceluiași profesor timișorean – lansa o întrebare provocatoare: cum se explică absența polemicii în discursul juridic românesc contemporan – prin indiferență, prin prea multă deferență, prin lipsa obișnuinței dezbaterii, prin neîncrederea în propriul bagaj conceptual, printr-o ameliorare semnificativă a dreptului în termeni de claritate și precizie? Avansând un răspuns pe jumătate serios cu acea ocazie, spuneam că, lăsând la o parte polemica jurisprudencială din opiniile separate (care este condusă de autor de pe poziția incomodă a minorității de complet), din hotărârile instanțelor superioare (practicată cu autosuficiența autorității ierarhice) sau din „războaiele de 100 de termene” ale marilor procese (opunând avocați interesați pragmatic de rezultat, mai degrabă decât de estetica dialogului), raritatea polemicii în „discursul juridic românesc contemporan” se explică prin lipsa de consecințe a polemicilor în formă pură și prin cvasi-absența unui public spectator care să guste această polemică.

Și adăugam – în același registru – că nu se polemizează (mai mult) pentru că juriștii cărora „le place dreptul” (alții decât simplii – deși poate chiar foarte bunii – meseriași) sunt relativ rari; pentru că polemica expune anvergura intelectuală a preopinienților (sau lipsa ei); pentru că, în relația maestru–discipol (cine să polemizeze mai în cunoștință de cauză decât cel format, dar neformatat?), polemica poate fi interpretată ca lipsă de loialitate; pentru că a scrie contra a ceea ce a scris altcineva poate fi văzut ca un atac *ad hominem*; pentru că temele noi sunt abordate în doctrină în stil de „prim autor”, care scrie ca și cum ar scrie cel dintâi (și, în orice caz, cel mai bine) despre un anumit subiect (sau care, în absența unor lecturi necesare, este chiar animat în mod naiv și sincer de condiția sa de prim autor).

Prin dialog, doctrina își poate depăși statutul de macro-comunitate discursivă care vehiculează și ierarhizează ideile, prin izolarea opiniilor „minoritare” și stabilizarea opiniilor „dominante”. Rolul dezbaterilor este esențial în procesul de validare continuă a ideilor, pentru că obligă la abandonarea monologurilor paralele în favoarea deschiderii la dialog și

pentru că oferă șanse ideilor (juridice) novatoare sau curentelor alternative de gândire (juridică).

* * *

Conferința Ideilor Juridice Noi se desfășoară într-un format care contrapune, pentru fiecare intervenient, un respondent care să ofere un „comentariu de întâmpinare” la ideile avansate de acesta. Textele intervențiilor și ale răspunsurilor sunt reunite în acest număr special al Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept, care preia formatul dialogal, invitând cititorul să i se alăture.

11 octombrie 2024

Prof. univ. dr. Lucian Bercea
Decanul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara

I.

Acordul asupra elementelor esențiale ale contractului – acordul suficient – condiție *sine qua non* a încheierii contractului

The Agreement on the Essential Elements of the Contract – Sufficient Agreement – A Sine Qua Non Condition for the Conclusion of the Contract

*Conf. univ. dr. Florin I. Mangu**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: acord suficient, contract incomplet, formarea contractului, element de bază, element auxiliar, reguli implicite.

Keywords: sufficient agreement; incomplete contract; contract formation; core element; ancillary element; default rules.

I. Plecând de la premisa că un contract constituie un acord de voințe realizat între două sau mai multe persoane, cu intenția de a produce efecte juridice, adică de a da naștere, a modifica, a transmite ori a stinge un raport juridic, după cum dispune art. 1166 C. civ., ne oprim, în aceste rânduri, asupra analizei din punct de vedere calitativ, structural a încheierii unui contract, având în vedere elementele esențiale ale acestuia, la care fac trimitere art. 1182 alin. (2) și art. 1185 C. civ., cu raportare la art. 1188 din același act normativ.

Analiza mecanismului formării contractului presupune, *de facto*, o cercetare asupra acordului de voințe generator de contract: când este acesta în măsură să formeze contractul? Când este acordul de voințe atât de matur încât să stea la fundamentul contractului? Cu alte cuvinte, când este acest acord de voințe suficient? Ce trebuie să conțină, mai precis, oferta de a contracta pentru ca, întâlnindu-se cu acceptarea fără rezerve, să formeze contractul? Căci una dintre condițiile ofertei de a contracta este aceea de a fi completă (în sensul strict pe care art. 1188 C. civ. îl relevă: de a conține, cel puțin, elementele esențiale ale viitorului contract¹), însă legiuitorul, în art. 1188 C. civ., nu ne spune

* florin.mangu@e-uvt.ro.

¹ *Contra*: A. Almășan, *Negocierea și încheierea contractelor*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 172, în sensul că oferta completa ar trebui să conțină toate elementele viitorului contract, nu numai pe cele esențiale, minim obligatorii, ci și pe cele secundare, motiv pentru care textul art. 1188 Cod civil nu solicită ca oferta să îndeplinească această exigență. În literatura juridică franceză mai jos citată și nu numai, condiția ofertei de a conține toate elementele esențiale ale viitorului contract, astfel cum expres o solicită art. 1114 C. civ. francez, se raportează la precizia acesteia, iar nu la completitudinea sa.

foarte multe despre aceasta, ci doar că trebuie să conțină suficiente elemente pentru formarea contractului. Sarcina noastră este aceea de a decela care sunt aceste elemente suficiente.

La fel, în situația formării contractului prin acordul de voințe consecutiv unui proces de negociere asupra conținutului contractului, ce elemente trebuie să conțină acest acord pentru a fi unul suficient?

Răspunzând acestei întrebări, legiuitorul în cuprinsul art. 1182 alin. (2) C. civ., a statuat: „Este suficient ca părțile să se pună de acord asupra elementelor esențiale ale contractului, chiar dacă lasă unele elemente secundare spre a fi convenite ulterior ori încredințează determinarea acestora unei alte persoane”.

De asemenea, la art. 1185 C. civ., se statuează că „Atunci, când în timpul negocierilor, o parte insistă să se ajungă la un acord asupra unui anumit element sau asupra unei anumite forme, contractul nu se încheie până nu se ajunge la un acord cu privire la acestea”.

Care sunt aceste elemente esențiale pentru încheierea contractului?

Întrucât, în completarea acestei norme juridice a art. 1182, alin. (2) C. civ., nu există o altă prevedere legală care să aducă lămuriri cu privire la criteriile de distingere dintre elementele esențiale și cele secundare ale contractului, în literatura de specialitate s-a apreciat că elementele esențiale se referă la „prestațiile *caracteristice* sau *determinante* care ar trebui să rezulte din contract pentru fiecare parte²”. Spre exemplu, a fost dat contractul de vânzare, în care elementele esențiale au fost apreciate ca fiind stabilirea prețului și a bunului vândut, afirmându-se că, față de aceste elemente, toate celelalte sunt secundare: locul predării bunului, cheltuielile contractuale, modalitatea de plată a prețului etc. Referitor la „prestația caracteristică”, s-a apreciat că aceasta reprezintă „obligația care caracterizează cel mai bine ansamblul diferitelor operațiuni pe care le presupune un act juridic: obligația care permite calificarea contractului în discuție³”, însă prestația caracteristică rezultată din contract pentru fiecare parte introduce, necesarmente, în discuție însuși **obiectul** obligației fiecărei părți, întrucât, potrivit art. 1226 alin. (1) C. civ., acesta din urmă reprezintă prestația la care se angajează debitorul.

Tot în doctrina juridică, s-a apreciat că un posibil răspuns la întrebarea mai sus ridicată ni l-ar putea acorda textul art. 1279 alin. (1) C. civ., din materia promisiunii de a contracta, conform căruia promisiunea de a contracta trebuie să conțină toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea. Așadar, dacă raportăm, inductiv, această cerință la cea a acordului suficient pentru formarea contractului, putem concluziona că acest acord trebuie să poarte cel puțin asupra tuturor

² L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, ed. a II-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 73; L. Bercea, *Contractul de adeziune. O analiză structurală și funcțională a standardizării contractuale*, în Revista română de drept privat nr. 4/2020, p. 375; D.A. Cărămidariu, *Contractul standard în afaceri. O perspectivă de Law and Economics*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 291.

³ Ministère de la Justice du Québec, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 3113, citat în N. M. U. NGAH, *La notion d'essentiel en droit commun des contrats*, în *Annales de l'Université Marien N'GOUABI*, Sciences Juridiques et Politiques, vol. 24/2023, număr special, p. 58.

acelor elemente (părți structurale ale contractului) necesare pentru ca respectivul contract să poată fi executat ori voluntar, ori silit⁴. În același sens se exprimă și Proiectul privind Dreptul European al Contractelor (PDEC), în cuprinsul art. 2:103, par. 1, precum și comentatori ai acestuia⁵. Legea italiană socotește, de asemenea, că acordul suficient constituie premisa majoră a executării silite a obligațiilor născute din contract⁶.

Sensul curent al adjectivului „esențial” evocă substanța unui lucru, fundamentul său, baza acestuia, descriind un element care relevă natura însăși a lucrului respectiv. Deci, dacă este esențial, elementul respectiv este vital pentru contract, ireductibil, de neînlăturat, inerent contractului⁷. Astfel, elementele esențiale ale contractului sunt elementele conceptuale necesare determinării unui anumit tip de contract⁸. Acestea trebuie să aibă sinergic capacitatea de a determina natura contractului⁹, circumscriindu-i genul din care face parte, precum și de a individualiza contractul în interiorul genului său, respectiv de a-i acorda contractului puterea de a produce efectele scontate de către părți la momentul încheierii sale. Din analiza elementelor esențiale ale contractului, trebuie să rezulte în clar la ceea ce părțile se obligă în mod concret, nefiind deci suficient să se arate obiectul contractului (operațiunea juridică)¹⁰, trebuind să fie descris și obiectul obligațiilor părților¹¹, respectiv, acolo unde este cazul, obiectul prestațiilor principale ale acestora¹².

Obligațiile implicate de elementele esențiale ale contractului sunt obligațiile fundamentale ale acestuia, nucleul dur al contractului, un minimum contractual obligatoriu, care se impun părților contractante dincolo de voința acestora, pentru a atribui o valoare juridică acordului lor de voințe¹³. Sunt obligațiile a căror executare este strict necesară în vederea realizării scopului pentru care a fost încheiat contractul¹⁴, adică a concretizării efectelor

⁴ I. I. Neamț, *Momentul calitativ al încheierii contractului. Elementele esențiale ale contractului*, în Revista română de drept privat nr. 4/2016, p. 138.

⁵ L. Antonioli, A. Veneziano (ed), *Principles of European Contract Law and Italian Law – A Commentary*, Ed. Kluwer Law International, 2005, p. 96, disponibilă online la adresa Principles of European Contract Law and Italian Law - Google Cărți.

⁶ *Idem*, p. 97.

⁷ S. Ghozlan, *La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives: Étude des systèmes juridiques français et québécois*, în Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal, vol. 49/2015, pp. 406-407.

⁸ Tribunalul Federal Elvețian, decizia nr. 97 II 53 Oberholzer, citată în P. Engel, *Traité des obligations en droit Suisse. Dispositions générale du CO*, Ed. Ides et Calendes, Neuchatel, 1973, p. 155; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, ed. a 4-a adusă la zi, Ed. PUF, Colecția Themis droit, Paris, 2016, p. 298, nr. 259; A. Almășan, *Les pourparlers en droit civil roumain*, în M. Behar – Touchais (coord.) *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligations avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 1, p. 18; C. Grimaldi, *Leçons pratiques de droit des contrats*, Ed. LGDJ, Paris, 2019, p. 71, nr. 67.

⁹ L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, ed. a 4-a, Ed. Bruylant, Colecția Paradigme, Bruxelles, 2018, p. 131, nr. 140.

¹² L. Bercea, *op. cit.*, pp. 374-375, cu mențiunile și trimiterile bibliografice de la nota de subsol nr. 40.

¹³ S. Ghozlan, *op. cit.*, p. 408.

¹⁴ P. Jourdain, G. Viney, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, ed. 4-a, Ed. L.G.D.J. Paris, 2013, p. 516, nr. 489.

acestui. Esențialitatea unui element contractual poate fi așadar verificată prin testul indispensabilității: eliminarea unui astfel de element conduce, în mod necesar, la pierderea caracterului tipic contractului respectiv¹⁵ ori chiar a statutului de contract¹⁶. Astfel, dacă luăm ca exemplu un contract de vânzare-cumpărare, nu este suficient ca părțile să convină să vândă și să cumpere în schimbul unui preț, dacă nu arată clar ce anume se vinde și se cumpără, respectiv care este prețul convenit, un astfel de acord de voințe fiind unul gol de conținut; conținutul contractului cuprinde complexul de drepturi și obligații corelative ale părților contractante; simpla și unica precizare a operațiunii juridice anvizajate de către părți, respectiv vânzarea-cumpărarea, locațiunea, mandatul etc., fără arătarea însă în clar a ceea ce părțile vor să vândă, să închirieze ori a actului juridic pe care mandatarul trebuie să-l încheie în numele și pe seama mandantului etc. lasă pur și simplu fără semnificație juridică respectivul acord de voințe, întrucât el nu ajunge să fie exigibil niciodată între părțile sale, care nu pot fi obligate, în concret, să execute ceva.

Astfel, după modelul art. 1295, alin. (1) C. civ. 1864 - „Vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu s-a predat și prețul încă nu se va fi numărat” – textul art. 1674 din actualul C. civ., intitulat marginal *Transmiterea proprietății*, statuează, la nivel de principiu, că: „(...) proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă”. Desigur, textul subliniază principiul consensualismului în materie, în completarea celui al art. 1273 C. civ., dar arată, concomitent și faptul că vânzarea este valabil încheiată și își produce efectul scontat – transmiterea proprietății în schimbul prețului – de îndată ce vânzătorul și cumpărătorul au încheiat acordul de voințe privind prețul și bunul, ceea ce înseamnă, după cum deja s-a afirmat în mod judicios, că elementele esențiale ale acestui contract privesc obiectele prestațiilor principale ale celor două părți. Aidoma reglementează art. 1781 C. civ. arătând: „Contractul de locațiune se consideră încheiat îndată ce părțile au convenit asupra bunului și prețului”.

Dar art. 1884, alin. (2) C. civ. prevede că „Sub sancțiunea nulității absolute, contractul prin care se înființează o societate cu personalitate juridică trebuie încheiat în formă scrisă și trebuie să prevadă asociații, aporturile, forma juridică, obiectul, denumirea și sediul societății”. Art. 2372 C. civ. stipulează că: „(1) Ipoteca convențională nu este valabilă decât dacă suma pentru care este constituită se poate determina în mod rezonabil în temeiul actului de ipotecă. (2) Sub sancțiunea nulității, contractul de ipotecă trebuie să identifice constituitorul și creditorul ipotecar, să arate cauza obligației garantate și să facă o descriere suficient de precisă a bunului ipotecat”.

¹⁵ S. Ghozlan, *op. cit.*, p. 407; V. Adrien, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO). Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire*, publicat în original în: Thesis, University of Lausanne, postat în University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch> Document URN: urn:nbn:ch:serval-BIB_E6EB8C48A85A3, Éditions juridiques libres, Lausanne, 2019, p. 138; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, ed. a 12-a refondată, Ed. Dalloz, Paris, 2019, p. 198, nr. 166; D. A. Cărmidariu, *op. cit.*, p. 291.

¹⁶ R. J. Pothier, *Traité des obligations*, Ed. Masson, Paris, 1883, no 6, p. 5 și urm., *apud* N. M. U. NGAH, *op. cit.*, p. 36.

Exemplele pot continua, însă ceea ce dorim să subliniem este că numărul elementelor esențiale ale unui contract este direct proporțional cu complexitatea acestuia, respectiv că aceste elemente nu se rezumă întotdeauna la prestațiile caracteristice ale părților, implicând exclusiv obligațiile fundamentale ale acestora, putând lua forme destul de variate.

Credem că este dincolo de orice îndoială că, acolo unde legiuitorul solicită ca anumite mențiuni să fie prezente, sub sancțiunea nulității absolute, în conținutul contractului, acele mențiuni descriu atât elemente esențiale ale respectivului contract, cât și condiții esențiale de validitate ale acestuia, pe care însele acele elemente esențiale trebuie să le verifice. Astfel, de exemplu, art. 2372 C. civ. arată că un element esențial al contractului de ipotecă îl reprezintă suma pentru care aceasta este constituită, și o condiție esențială de validitate a acestui contract solicită ca această sumă să poată fi determinată în mod rezonabil în temeiul contractului de ipotecă, deci clauzele acestuia să fie într-atât de suficiente și de lămuritoare în această privință, încât suma pentru care a fost constituită ipoteca să poată fi calculată exclusiv în baza lor. Asupra tuturor acestor clauze obligatorii prevăzute în art. 2372 C. civ., s-a apreciat în doctrină că: „aceste mențiuni privesc aspecte esențiale ale raportului juridic de ipotecă: părțile, obiectul (derivat) și raportul cu obligația principală¹⁷”.

Doar formarea valabilă a unui contract implică eficacitatea acestuia, constituind deci premisa majoră a executabilității sale. Art. 1270 alin. (1) C. civ. este destul de clar în acest sens: „Contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante”. De aceea, art. 1279 alin. (1) C. civ. prevede că „Promisiunea de a contracta **trebuie să conțină** toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea”; dacă acest lucru nu se întâmplă, promisiunea de a contracta nu este valabilă ca atare, fiind declassificată, în măsura posibilului, eventual, printr-o conversiune, într-un alt anteccontract (opțiunea rămâne deschisă, de la caz la caz, putându-se avea în vedere fie un contract de negociere în vederea determinării conținutului viitorului contract, fie un pact de preferință, spre exemplu); lipsa deci a uneia dintre clauzele contractului promis, care, prin sinergia lor, fac posibilă executarea benevolă sau silită a promisiunii atrage nevalabilitatea acesteia, de unde, elementele esențiale ale acestui contract sunt constituite de înseși unele dintre clauzele contractului promis (vom sublinia, *infra*, că elementele contractului nu se confundă cu clauzele acestuia); aceasta, deoarece executarea promisiunii de a contracta implică însăși încheierea contractului promis; deci, prin tranzitivitate, elementele esențiale ale promisiunii de a contracta sunt acele clauze ale contractului promis care descriu elementele esențiale ale acestuia.

Teoretic, deși intim legate, problema încheierii contractului în forma acordului suficient, cea a valabilității acestuia, respectiv cea a eficacității sale sunt diferite. Altfel nu am putea discuta despre un contract nul absolut sau anulabil: pentru a fi supus acestei sancțiuni, contractul trebuie să existe („orice contract **încheiat** cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulității, dacă prin lege nu se prevede o altă sancțiune” – art. 1246 C. civ.). Deci, în lipsa unuia dintre elementele sale esențiale, contractul nu există. Existând însă un acord suficient, deci un acord de voințe purtând

¹⁷ R. Rizoiu, *Contractul de ipotecă în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 393.

asupra elementelor esențiale, contractul există, dar, nefiind îndeplinită una dintre condițiile sale esențiale de validitate, acesta nu este valabil încheiat, fiind deci anulabil sau nul¹⁸, și, în măsura în care nulitatea absolută sau relativă operează, ineficace între părțile sale și inopozabil terților. Art. 1781 C. civ., precitat, arată că, de îndată ce părțile au convenit asupra bunului și asupra prețului, contractul de locațiune este încheiat, dar aceasta nu înseamnă că acesta nu poate fi anulat, spre exemplu, pentru ilicitețea obiectului prestației locatorului. Eficacitatea contractului, pe de altă parte, este indisolubil legată de validitatea acestuia. Deci, ființa contractului poate fi analizată, deopotrivă, unidimensional, bidimensional sau tridimensional: strict în unica dimensiune a existenței sale, în dimensiunile existenței și a valabilității sale, respectiv holistic, în dimensiunile existenței, valabilității și eficacității sale.

Credem că intenția părților contractante, la momentul generator al contractului, este determinată de realizarea intereselor lor individuale, respectiv a interesului contractual, prin concretizarea efectelor prefigurată ale acestuia, ceea ce implică, în mod necesar, pentru un contract, nu numai existența sa, ci și valabilitatea și eficacitatea acestuia.

Dată fiind arhitectura textelor normative privind încheierea contractului, în general, raportată la aceea a celor privind perfectarea unor contracte speciale (ca exemple, pot fi date textele legale mai sus citate: art. 1884 alin. (2), respectiv art. 2372 alin. (1) și (2) C. civ.) legiuitorul autohton pare, câteodată, să trateze similar elementele esențiale ale contractului și condițiile esențiale pentru validitatea acestuia, din moment ce sancționează cu nulitatea sau cu anulabilitatea, deopotrivă, lipsa unuia sau a mai multor elemente esențiale ale respectivelor contracte, precum și a uneia sau a mai multor condiții esențiale de validitate ale acestora. De exemplu, art. 1882 C. civ., intitulat marginal *Condiții de validitate*, stipulează că poate fi asociat orice persoană fizică sau persoană juridică [alin. (1)], că orice societate trebuie să aibă un obiect determinat și licit, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri [alin. (2)], respectiv că fiecare asociat trebuie să contribuie la constituirea societății prin aporturi bănești, în bunuri, în prestații sau cunoștințe specifice [alin. (3)]. Deci, textul normativ arată care sunt condițiile de validitate pe care trebuie să le îndeplinească elementele esențiale ale contractului de societate, enumerate, pentru societatea cu personalitate juridică, la alin. (2) al art. 1884 C. civ.: asociații, aporturile, forma juridică, obiectul, denumirea și sediul societății. Dacă lipsește oricare dintre aceste elemente, contractul de societate nu este inexistent (cum ar trebui să fie), ci nul (în temeiul acestui text legal); tot nul este și în ipoteza în care toate aceste elemente sunt prezente, însă, de pildă, obiectul societății nu este licit (în baza art. 1282, raportat la art. 1246 C. civ.).

De aceea, credem că textul art. 1182 alin. (2) C. civ., parte a articolului intitulat marginal *Încheierea contractului*, primul din subsecțiunea denumită *Formarea contractului*, sub titlul *Consimțământul*, în secțiunea denumită *Încheierea contractului*, când face vorbire despre „elementele esențiale ale contractului”, deci despre acele elemente strict necesare pentru formarea acestuia, trebuie privit prospectiv, în perspectiva validității contractului anvizat, căci aceasta constituie premisa *sine qua non* a eficacității acestuia; nu ar avea nici un rost încheierea contractului, dacă nu ar fi urmărită însăși eficacitatea acestuia și astfel, implicit,

¹⁸ I. I. Neamț, *op. cit.*, p. 131.

validitatea sa. Cu singurele excepții care tratează chiar despre cauzele, respectiv consecințele nevalabilității contractelor, legiuitorul se preocupă de contracte valide, căci circuitul civil însuși este interesat exclusiv de acestea, singurele în măsură să-l altereze. Astfel, apreciem că art. 1182 alin. (2) și art. 1179 C. civ. trebuie citite împreună, întrucât a căuta existența unui contract fără a-i cerceta validitatea reprezintă, în opinia noastră, în general, un demers superfluu. În același sens, Draft Common Frame of Reference (DCFR) statuează, la art. II – 4:103, par. 1, că acordul părților este suficient, având ca efect încheierea contractului, când termenii acestuia au fost îndeajuns de definiți de către părți, astfel încât contractul să poată produce efecte juridice. Tot astfel se exprimă și Proiectul privind legea europeană comună a vânzărilor (CESL), la art. 30 par. 1 lit. c), arătând că un contract este încheiat în forma acordului suficient când prezintă un conținut și un grad de securitate juridică suficiente pentru a produce efecte juridice¹⁹. Legea germană prevede similar când se referă la *essentialia negotii* ca la termenii contractuali fără de care părțile nu-și pot executa obligațiile²⁰. Doctrina franceză de referință²¹ susține că elementele esențiale ale contractului sunt acele elemente structurale indispensabile, care îi asigură puterea de a fi executat fără a fi nevoie de un nou acord de voințe al părților. Mai concret, tot în literatura juridică din Hexagon²², se afirmă, cu referire la conținutul art. 1114 C. civ. francez²³ că elementele esențiale ale ofertei sunt, de fapt, elementele esențiale de validitate ale contractului proiectat. Doctrina elvețiană majoritară reține ca esențiale elementele necesare a asigura realizarea scopului principal al operațiunii, care este executarea contractului²⁴. Practica judiciară elvețiană este în sensul că elementele esențiale ale contractului pot fi, în cazul contractelor numite, și altele decât cele care se regăsesc în definiția legală a acestora; astfel, spre pildă, s-a reținut că, într-un contract de vânzare de imobile, momentul plății este un element esențial²⁵. Deci, până la urmă, pragmatic, încheierea contractului în această formă minimalistă, a acordului suficient, este văzută prin prisma eficacității contractului și, deci, implicit, a validității acestuia²⁶, chiar dacă, teoretic,

¹⁹ G. Dannemann, S. Vogenauer (ed), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Ed. Oxford University Press, 2013, p. 259, disponibilă online la adresa *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and...* - Google Cărți.

²⁰ M. Schillig, *Directive 93/13 and the „Price Term Exemption”: A Comparative Analysis in the Light of the “Market For Lemons” Rationale*, în *The International and Comparative Law Quarterly*, 2011, 60(4), pp. 933-963, disponibil online la adresa <http://www.jstor.org/stable/41350121>.

²¹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y. – M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – Le consentement*, ediția a 4 – a, Ed. LGDJ, Paris, 2013, p. 619, nr. 844.

²² C. Grimaldi, *op. cit.*, p. 71, nr. 67.

²³ Oferta cuprinde elementele esențiale ale contractului anvizat și exprimă voința autorului său de a se obliga în caz de acceptare (trad. ns. – F. I. M.)

²⁴ N. Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2007, difuzată în Franța prin LexisNexis, LITEC Librairies Techniques, p. 211.

²⁵ N. Roiller, *op. cit.*, p. 209.

²⁶ *Contra*: I. I. Neamț, *op. cit.*, pp. 139-140: „Aptitudinea contractului de a fi executat trebuie raportată doar la acordul părților, și nu la alte elemente externe de care poate depinde eficiența raportului juridic. Trebuie văzut dacă părțile au definit suficient drepturile și obligațiile acestora, pentru ca, în mod abstract, acestea să aibă

după cum am afirmat deja, planurile formării, validității și executabilității contractului pot fi separate, putând fi supuse fiecare unei analize distincte.

Dar, întrucât intenția comună a părților contractante este aceea de a produce efecte juridice noi în circuitul civil (fiecare contract va genera o situație juridică de natură a altera circuitul civil) – art. 1166 C. civ. –, acest deziderat nu poate fi realizat, după cum deja am subliniat, decât numai cu aportul unui *contract valabil încheiat*.

Numai contractele valabil încheiate au putere de lege între părțile contractante [art. 1270 alin. (1) C. civ.]; de aceea, pentru a fi eficace între părți și opozabil terților, contractul trebuie să verifice toate condițiile esențiale prevăzute de lege pentru validitatea sa (art. 1179 C. civ.). Raportând această exigență la aceea a conținutului obiectiv minimal necesar al acordului de voințe, rezultă că acordul de voințe al părților, văzut ca un monolit format din intenția acestora de a se obliga și elementele esențiale ale contractului, asupra cărora acestea au convenit, trebuie să îndeplinească în mod cumulativ condițiile de validitate ale contractului. Îndeplinirea acestor condiții se verifică tot la momentul încheierii contractului, deoarece „orice contract încheiat cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulității, dacă prin lege nu se prevede o altă sancțiune” [art. 1246 alin. (1) C. civ.]. În caz contrar, acordul de voințe, deși suficient și generator de contract, nu va produce nici un efect între părțile contractante, nemodificând în vreun fel circuitul civil, sau va produce alte efecte decât cele scontate, dacă operează conversiunea și contractul inițial prefigurat este declasificat într-un altul. Un contract nevalabil este ineficace pentru părți, inopozabil terților și deci neutru în ordinea juridică, neputând genera vreo situație juridică.

De aceea, pentru a se încheia valabil, elementele esențiale ale contractului, la care se referă art. 1182 alin. (2) C. civ., trebuie să includă și componente care să permită o verificare a acordului de voințe prin prisma condițiilor cerute de art. 1179 C. civ. Elementele structurale ale acordului de voințe al părților trebuie să fie în măsură să releve, în primul rând, însă nu exclusiv, faptul că acordul de voințe al părților a avut în vedere îndeplinirea cel puțin a tuturor condițiilor de validitate enumerate la art. 1179 C. civ. și din analiza acestora să rezulte (chiar și cu ajutorul prezumțiilor legale în acest sens) că: părțile contractante au avut într-adevăr capacitatea de a contracta (atât cea de folosință, cât și cea de exercițiu necesară a încheia respectivul act juridic din perspectiva importanței acestuia raportat la efectele pe care le produce în patrimoniul fiecăreia dintre părți); există consimțământul părților la încheierea acordului de voințe, deci a contractului, și acesta a fost serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză; există obiectul contractului și acesta este determinat (se arată în mod neechivoc care este operațiunea juridică anvizatăă) și licit, respectiv există obiectul obligației și acesta este determinat sau cel puțin determinabil și licit (deci, implicit, sunt descrise în clar obligațiile fiecăreia dintre părți); există o cauză (în sensul dat de art.

aptitudinea de a fi executate. Din perspectiva art. 1182 alin. (2) C. civ., este suficient să existe o vocație a convenției de a putea fi executată. Existența unor impedimente, fie ele și juridice, care împiedică executarea, ulterior ajungerii la un acord asupra elementelor esențiale, nu se analizează pe tărâmul formării contractului, ci pe cel al valabilității acestuia ori al executării, după caz”.

1235 C. civ.: motivul care determină fiecare parte să încheie contractul), respectiv că aceasta este licită și morală. Într-adevăr, însă capacitatea părților nu este un element care trebuie să fie inserat într-o clauză contractuală, căci aceasta nu constituie obiect al reglementării părților, ci reprezintă o condiție pre-existentă acordului lor de voințe. Cauza valabilă a contractului se prezumă relativ, potrivit art. 1239 alin. (2) C. civ., contractul fiind valabil chiar și atunci când cauza nu este expres prevăzută [alin. (1) al art. 1239], deci nici această condiție esențială a contractului nu necesită a fi reținută într-o clauză a acestuia, fiind însă necesar, pentru toate contractele cauzale, să existe. Consimțământul nu este, de asemenea, rezultat al reglementării părților contractante, nefăcând obiect al acordului lor de voințe, ci constituind însăși sursa acestuia, motiv pentru care nu este necesar ca el să fie constatat printr-o clauză contractuală, existența sa fiind dedusă din semnătura aplicată de către fiecare dintre părți pe înscrisul original constatator al contractului, în ipoteza în care acesta se încheie într-o astfel de formă, chiar și numai *ad probationem* (art. 268 C. pr. civ.).

Astfel, aceste elemente structurale ale contractului – esențiale –, care formează osatura juridică a acestuia și care sunt într-adevăr rezultatul acordului de voințe al părților, care sunt inserate într-una sau în mai multe clauze contractuale și care individualizează, particularizează contractul respectiv atât din punct de vedere al genului său (stabilind scopul contractului, natura acestuia, circumscriind clar conținutul său), cât și, în interiorul genului, între contractele de același fel (indicând obiectul său specific, eventual, cauza, alte elemente care, deși, în ochii legiuitorului, nu sunt esențiale, întrucât nu sunt determinante în formarea contractului, părțile le-au văzut totuși ca atare, esențializându-le) trebuie înțelese în întreaga lor profunzime (sau „granularitate²⁷”) și ne referim aici, în special, la obiectul contractului, care trebuie completat cu acela al obligației, indicându-se neechivoc prestația la care se angajează fiecare parte sau arătându-se criteriile în funcție de care aceasta poate fi determinată, precum și, acolo unde este cazul, inclusiv obiectul prestației – ceea ce practica judiciară și doctrina juridică au denumit obiectul derivat al contractului (ar putea intra aici, spre exemplu, în contractele comutative: prețul, respectiv bunul, în ipoteza unui contract de vânzare-cumpărare; prestația principală de a executa o anumită lucrare, în situația contractului de antrepriză, respectiv prețul acesteia etc.; în contractele aleatorii: prima de asigurare, respectiv la ce anume, în concret, se obligă asiguratorul în cazul producerii riscului asigurat, în ipoteza unui contract de asigurare; renta lunară, respectiv contraprestația datorată de către credentier, precum și evenimentul de care depinde șansa câștigului sau riscul pierderii, în contractul de rentă viageră; în contractele liberalități sau în cele dezinteresate: bunul sau serviciul cu care urmează a fi gratificat gratificatul, de pildă), putându-se astfel verifica și liceitatea acestuia și, concomitent, existența cauzei (reflectată în avantajul pe care una sau ambele părți contractante îl urmăresc, în schimbul prestației executate, dacă vorbim despre contractele comutative sau despre cele cu titlu gratuit, respectiv în șansa câștigului și riscul pierderii care depind de un eveniment viitor și incert – elementul *alea*, în contractele aleatorii); în lipsa unor astfel de elemente, nu se poate discuta efectiv despre un contract de genul celui pe care părțile au urmărit să îl

²⁷ L. Bercea, *op. cit.*, pp. 374-375, cu mențiunile și trimiterile bibliografice de la nota de subsol nr. 40.

încheie, care să producă între ele efectele scontate la data încheierii lui și astfel să le asigure realizarea intereselor proprii, respectiv a interesului comun, contractual, urmărite la momentul încheierii acordului de voințe, un contract care, dacă nu este respectat de către una dintre părțile sale, să poată fi executat silit, deci să fie exigibil.

Deci, în momentul în care părțile ajung, prin acordul lor de voințe, să stabilească toate elementele esențiale – obiective și subiective – ale contractului pe care doresc să-l încheie, înseamnă că acordul lor de voințe este unul suficient și generator de contract.

Să nu pierdem însă din vedere faptul că momentul calitativ al încheierii contractului trebuie marcat prin realizarea acordului de voințe al părților asupra acestor elemente esențiale²⁸. Art. 1186 alin. (1) C. civ. se preocupă de determinarea momentului încheierii contractului, arătând că acesta „(1) (...) se încheie în momentul în care acceptarea ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile”. Premisa contractului este deci acordul de voințe [art. 1166 și art. 1182 alin. (1) C. civ.]. Acest acord de voințe care trebuie să exprime intenția fiecăreia dintre părți de a se obliga din punct de vedere juridic [art. 1188 alin. (1), art. 1196 alin. (1) C. civ.], de a genera, a transmite, a modifica sau a stinge un raport juridic (art. 1166 C. civ.), respectiv intenția lor comună, concordantă în acest sens. Așadar, în lipsa acestei componente subiective a acordului de voințe, singură componenta obiectivă a acestuia nu este de natură a forma contractul. Chiar ajungându-se, de pildă, în cursul negocierilor, la un acord suficient, adică la determinarea, de comun acord, a elementelor esențiale ale contractului, acesta nu se încheie până ce co-negociatorii nu își exprimă, fiecare, intenția de a se obliga din punct de vedere juridic în sensul a ceea ce descrie componenta obiectivă a acordului lor. Doar sinergia dintre cele două componente – subiectivă și obiectivă – este de natură a naște contractul. Practic, componenta obiectivă devine obiectul celei subiective: acordul de voințe va purta asupra elementelor esențiale stabilite de către părți; cele două componente se contopesc, formând un întreg - contractul: intenția individuală și cea comună a părților de a produce efecte juridice noi în cadrul circuitului civil se va regăsi în fiecare element esențial asupra cărora ele au căzut de acord. Aceasta, întrucât acordul de voințe nu poate fi vid, căci nu ar avea nici o semnificație juridică; acesta trebuie să aibă un obiect, ceva asupra căruia co-negociatorii au ajuns la un consens, iar acesta – obiectul acordului de voințe - îl reprezintă elementele esențiale ale contractului. Ceea ce doctrina și practica judiciară numesc „acord suficient” poate fi astfel foarte bine denumit „acord de voințe suficient”. Legiuitorul recunoaște și atribuie astfel voinței părților calitatea de a fi nomothetă²⁹, generatoare de norme juridice private, de „lege” relativ eficace (art. 1270 C. civ.) și opozabilă, în principiu, de plin drept, *erga omnes* (art. 1280 C. civ.).

Elementele esențiale pentru determinarea naturii, a scopului, a obiectului și a conținutului contractului, fără de care respectivul contract nu ar putea exista și nu ar putea produce efectele prefigurată de către părți la încheierea lui sunt, de regulă, elemente

²⁸ I. I. Neamț, *op. cit.*, pp. 142-143.

²⁹ P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003, pp. 83-92.

esențiale **obiective**. În principiu, acestea sunt stabilite de către părți, ca urmare a negocierilor prealabile, ori propuse de către una dintre ele și acceptate ca atare de către cealaltă [art. 1182 alin. (1), art. 1175 C. civ.]. Prevederile legale supletive sau, mai rar, cele imperative (cum sunt cazurile mai sus subliniate, ale art. 1884 alin. (2) și art. 2372 C. civ.), ori uzanțele pot prevedea generic elementele esențiale ale contractului, cum se întâmplă în cazul contractelor numite (de exemplu, art. 1674 C. civ. arată că sunt elemente esențiale ale contractului de vânzare bunul și prețul), însă revine părților stabilirea, în mod concret, specific, a acestora (care anume bun, respectiv prețul exact), în vederea individualizării contractului respectiv în genul său. Există elemente esențiale obiective implicite, care intră în nucleul dur al contractului chiar fără intenția expresă a părților în acest sens; astfel sunt obligațiile de predare și de conservare a bunului până la data predării, care sunt implicate de orice obligație de transfer al proprietății, potrivit art. 1483, alin. (1) C. civ.; în același sens, alin. (2) al aceluiași text normativ arată că obligația de a strămuta proprietatea unui imobil înscris în cartea funciară o cuprinde și pe aceea de a preda înscrisurile necesare pentru efectuarea înscrierii dreptului de proprietate al noului titular.

În cazurile expres prevăzute de lege și în măsura în care aceasta o permite, anumite elemente esențiale ale contractului pot fi lăsate înspre a fi determinate ulterior, fie de către un terț, fie de către instanța de judecată; astfel este, de pildă, cazul prețului sau al oricărui alt element al contractului, determinabil în funcție de criteriile de determinare convenite de către părți, în temeiul art. 1232 C. civ. ori, în privința prețului, în materia vânzării, al art. 1661, art. 1662, art. 1663 C. civ. Există ipoteze în care contractul se încheie chiar în lipsa unui anumit element esențial – prețul -, între părți care au o anume calitate – aceea de profesioniști (în sensul art. 3 alin. (2) C. civ.) – și chiar în lipsa unor criterii de determinare a acestuia; art. 1233 C. civ. face vorbire despre „un contract **încheiat** între profesioniști” care nu stabilește nici prețul și nici nu indică o modalitate de a-l determina, caz în care se presupune că părțile au avut în vedere prețul practicat în mod obișnuit în domeniul respectiv pentru aceleași prestații realizate în condiții comparabile sau, în lipsa unui asemenea preț, un preț rezonabil; în același sens, art. 1664 alin. (1) C. civ. stipulează că prețul vânzării este suficient determinat dacă poate fi stabilit potrivit împrejurărilor, pentru ca alin. (2) al aceluiași text normativ să trimită la prețul practicat în mod obișnuit de către vânzător, în cazul bunurilor pe care vânzătorul le vinde în mod obișnuit, iar alin. (3) să facă referire la prețul mediu aplicat în ziua încheierii contractului pe piața cea mai apropiată de locul încheierii acestuia, pentru bunurile al căror preț este stabilit pe piețe organizate. Acestea sunt situații de excepție, în care normele juridice supletive concură la stabilirea unui element esențial al contractului³⁰. În rest, dacă părțile nu au convenit determinarea ulterioară a unui element esențial, respectiv criteriile de determinare a acestuia, și nu există norme supletive cu ajutorul cărora respectivul element esențial să fie determinat (astfel de

³⁰ Pentru o analiză detaliată, temeinic argumentată și fundamentată, privind această problematică: L. Bercea, M. A. Druță, *Determinarea prețului de către un terț. Câteva probleme privind articolele 1.182, 1.232, 1.662 din Codul civil*, în Revista română de drept privat nr. 1/2020, pp. 222-255.

norme pot face și obiectul unor uzanțe) acordul lor de voințe este unul lacunar și deci negenerator de contract sau, cel puțin, al contractului pe care părțile au urmărit să îl încheie.

De asemenea, pot fi aduse în discuție elementele esențiale **subiective**, acestea fiind calificate astfel de către părți; de pildă, în procesul negocierii, conform art. 1185 C. civ., părțile pot esențializa unul sau mai multe elemente care, de altfel, nu sunt consacrate ca atare de către legiuitor, nereprezentând o caracteristică nici a genului din care face parte contractul respectiv și nici măcar a speciei acestuia; de exemplu, modul în care se face plata prețului (numerar sau prin virament bancar; global sau în rate), locul predării bunului ș.a. Există astfel posibilitatea întrezărită de către legiuitor, ca partenerii de negociere să transforme un element secundar într-unul esențial, făcând ca, de acordul privind acel element să depindă încheierea contractului. Potrivit art. 1185 C. civ., când, în timpul negocierilor, o parte insistă să se ajungă la un acord asupra unui anumit element sau asupra unei anumite forme, contractul nu se încheie până nu se ajunge la un acord cu privire la acestea. Într-o atare situație, textul art. 1182 C. civ., în privința „acordului suficient”, anvizajează și elementele esențiale subiective ale acestuia³¹, căci lipsa unui acord asupra tuturor elementelor esențiale echivalează cu inexistența unui acord suficient și deci cu imposibilitatea încheierii unui contract. În conținutul suficient al contractului, pot ajunge și elemente esențiale subiective care nu au fost convenite expres, *hic et nunc*, de către părți, dar pe care practicile statornicite între acestea le-au consacrat ca atare în conținutul altor contracte similare și care, contextual, pot completa, până la nivelul suficienței, acordul de voințe al părților³², dar aceasta numai în acele ipoteze în care, din împrejurările încheierii contractului, rezultă neîndoielnic că voința lor comună a fost aceea de a include în conținutul acestuia respectivele elemente. Există posibilitatea ca părțile, în temeiul principiului libertății contractuale, să includă în nucleul dur al contractului, numai obligații care, altminteri, ar fi fost secundare, ajungând astfel ca acordul lor suficient să privească exclusiv elemente esențiale subiective³³; însă acest lucru se poate întâmpla numai în cazul contractelor nenumite și cu condiția ca toate aceste elemente subiective esențializate să aibă o legătură veritabilă cu esența contractului respectiv; s-ar putea vorbi, în acest sens, despre elemente determinante, hotărâtoare pentru voința de a contracta a fiecăreia dintre părți³⁴, asumate ca atare prin acordul de voințe al acestora.

Să nu confundăm însă *clauzele contractuale* cu elementele structurale contractuale. Clauza contractuală constituie obiectivarea acordului de voințe expres al părților; acesta este constatat în ansamblul de clauze contractuale care alcătuiesc cuprinsul contractului. Deci fiecare clauză contractuală mărturisește despre o parte a acestui acord de voințe expres al părților contractante, iar ansamblul clauzelor, despre întregul său. Clauzele contractuale sunt deci elementele formale ale contractului, în care este constatată voința comună a părților și care alcătuiesc contractul din punct de vedere lingvistic, având însă,

³¹ *Idem*, p. 129; L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 76.

³² I.I. Neamț, *op. cit.*, p. 140.

³³ S. Ghazlan, *op. cit.*, p. 408.

³⁴ S. Carval, *Clause limitative de responsabilité et manquement à l'obligation essentielle*, apud *idem*, p. 409.

foarte important, valență nomothetă: clauzele contractuale încorporează norme juridice private, relativ obligatorii³⁵ (art. 1270 și art. 1280 C. civ.), *erga omnes* și de drept opozabile (art. 1281 Cod civil), fiind de natură să confere cuprinsului contractului un caracter performativ³⁶. Obiectul clauzei contractuale îl constituie elementul structural al contractului, care contribuie la formarea, respectiv la alcătuirea acestuia din punct de vedere juridic³⁷. Un astfel de element structural poate fi redat într-o singură clauză contractuală sau într-un ansamblu de clauze³⁸. În mod intenționat vorbim despre „un ansamblu de clauze”, și nu despre „o sumă de clauze”, întrucât dorim să scoatem în evidență ideea că, în cuprinsul unui contract, nici o clauză contractuală nu reprezintă o insulă, fiind izolată de alte clauze contractuale din cadrul aceluiași contract, ci, dimpotrivă, orice clauză contractuală este cel puțin o peninsulă, având o minimă legătură cu întregul, dacă nu este chiar înglobată cu totul în acesta. Deci, fiecare clauză contractuală are o existență interdependentă cu cea a întregului cuprins contractual, fiind legată de toate celelalte clauze, de unde și regula de interpretare sistemică a contractului, de la art. 1267 C. civ.: clauzele se interpretează unele prin altele, dând fiecăreia înțelesul ce rezultă din ansamblul contractului.

II.

Acordul suficient și contractul insuficient

The Sufficient Agreement and the Incomplete Contract

Prof. univ. dr. **Lucian Bercea***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara

Contractul este alcătuit, din punct de vedere structural, din elemente (*asupra* cărora se contractează și care reprezintă unitățile de conținut economic al contractului, corelate cu prestațiile contractuale și obiectul lor) și, din punct de vedere funcțional, din clauze (*sub forma* cărora se contractează și care reprezintă unitățile de conținut juridic al contractului, norme private care fixează în limbaj nomotetic comportamentul prescris, având ca obiect prestațiile contractuale). Nu există riscul de a confunda (și nici măcar de a suprapune)

³⁵ L. Bercea, *op. cit.*, p. 373; D.A. Cărămidariu, *op. cit.*, p. 279.

³⁶ L. Bercea, *op. cit.*, p. 373; D.A. Cărămidariu, *op. cit.*, p. 279.

³⁷ În sensul că „clauza contractuală, ca tip de normă privată, constituie unitatea structurală și funcțională a contractului” – L. Bercea, *op. cit.*, p. 373.

³⁸ *Idem*, p. 375.

* lucian.bercea@e-uvt.ro.

elementele contractului sau clauzele contractuale cu condițiile esențiale de validitate a contractului (*în cadrul cărora se contractează*).

Condițiile esențiale de validitate a contractului sunt analizate în paradigma validității contractării, în timp ce elementele contractului și clauzele contractuale pot fi evaluate în paradigma completitudinii contractării. Utilitatea acestei din urmă paradigme privește, pe de o parte, ireversibilitatea tranzacției (starea în care tranzacția economică devine obligatorie juridic) și, pe de altă parte, executabilitatea acesteia (starea în care tranzacția economică poate fi pusă în executare).

Există două tipuri clasice de incompletitudine contractuală. Primul privește ipotezele în care părțile omit să includă *ex ante* în contract clauze privind contingentele specifice tranzacției; al doilea cuprinde situațiile în care părțile sunt insensibile la contingentele nespecifice tranzacției, dar care se dovedesc *ex post* relevante pentru aceasta. În primul caz, părțile încheie un contract pe care, în general, și-l asumă ca fiind incomplet; în cel de-al doilea, părțile consideră că încheie un contract complet, care însă se dovedește a fi incomplet din cauza apariției unor contingente relevante. Judecătorii tind să recunoască incompletitudinea în prima ipoteză, completând contractul cu conținutul normativ de tip *default*; în schimb, au rezerve în a trata ca pe un caz de incompletitudine cea de-a doua ipoteză, tocmai pentru că ar risca să altereze voința părților.

Dacă, însă, specific unor părți rezonabile este nu să omită sau să ignore contingentele – pe fondul unor ipoteze de tip *rational ignorance* sau *bounded rationality* –, ci să le gestioneze, inclusiv amânând reglementarea lor, un al treilea tip de incompletitudine contractuală apare ca fiind rațional: incompletitudinea asumată temporar.

Acordurile suficiente permit contractarea abreviată asupra elementelor esențiale pentru tranzacția economică și prorogarea stabilirii elementelor secundare care sunt sau se pot dovedi relevante și pe care, de aceea, părțile și le rezervă. Acest conținut secundar rezervat și prorogat este specific acordului suficient. El este un conținut contractual non-necesar din perspectiva formării ireversibile a tranzacției, dar necesar din perspectiva executării eficiente a acesteia.

Acordul suficient reunește, deci, concomitent, un tip de „suficientă” și un tip de „insuficientă” contractuală. El este caracterizat prin suficiență ontologică (structurală), care face ca tranzacția economică să fie ireversibilă din perspectiva formării sale, prin atingerea aceluși *point of no return* dincolo de care acordul devine angajant, deci obligatoriu juridic. Totodată, el este caracterizat prin insuficiență performativă (funcțională), în măsura în care operațiunea, deși formată valabil, nu este executabilă, adică aptă să asigure suport juridic pentru tranzacția economică pe care o subîntinde, decât după completarea contractului, adică după stabilirea elementelor contingente considerate de părți ca fiind relevante.

De aceea, în cazul eșecului stabilirii elementelor secundare de către părți sau de către terțul căruia i-au fost încredințate, contractul face obiectul unui mecanism special de completare judiciară, bazat pe prezumția că părțile au urmărit să deroge de la conținutul legal supletiv aplicabil contractului incomplet „clasic”, conținut implicit pe care l-au considerat inadecvat propriei tranzacții economice.

Părțile sunt interesate să recurgă la contractarea în forma progresivă, „intermediară”, a acordului suficient din rațiuni care țin de reducerea asimetriei informaționale, optimizarea costurilor de contractare sau stabilizarea contextului tranzacțional. Acordurile suficiente sunt destinate, însă, nu numai să temporizeze și să proceduralizeze definirea „restului” conținutului contractual, ci și să permită părților să se angajeze în executarea tranzacției, în măsura în care conținutul contractual inițial le permite, mizând pe reciprocitate.

[Dezvoltarea acestor idei este cuprinsă în L. Bercea, *Acordul suficient ca formă contractuală intermediară*, în M. Nicolae (coord.), *Formarea progresivă a contractului. Actele și contractele preliminare*, Ed. Solomon, București, 2023, pp. 77-122.]

I.

Particularitățile regimului juridic al perimării cererii de chemare în judecată suspendate pentru introducerea în cauză a moștenitorilor

Particularities of the Legal Regime of the Lapse of the Suspended Lawsuit for the Introduction of the Heirs

Conf. univ. dr. **Florina Popa***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Cuvinte cheie: suspendarea de drept prin decesul uneia dintre părți; perimare; suspendarea cursului perimării; termenul de opțiune succesorală; dovada calității de moștenitor; moștenitori sezinați.

Keywords: legal suspension due to the death of one of the parties; lapse; suspension of the lapse period; inheritance option term; proof of heirship; seisin heirs.

Văzut ca modalitatea specifică prin care se înfăptuiește justiția, procesul civil reprezintă o succesiune de acte de procedură, a căror ordine este prestabilită de legiuitor, parcurgând în esență trei momente: sesizarea instanței, dezbaterile și hotărârea judecătorească. Cu toate acestea, sesizarea instanței este condiția necesară pentru declanșarea procesului, însă nu și suficientă pentru finalizarea lui, existând situații în care nici măcar una dintre fazele procesului civil nu ajunge să fie parcursă până la capăt, deoarece pe parcursul derulării acesteia intervin fie acte de desistare, cum ar fi renunțarea la judecată sau renunțarea la însuși dreptul pretins, fie alte acte de dispoziție ale părților, cum este încheierea unei tranzacții. De asemenea, cursul judecătii poate fi întrerupt temporar, cum se întâmplă în ipoteza incidenței instituției suspendării.

Suspendarea judecătii reprezintă un incident procesual care constă în oprirea temporară a cursului judecătii, fie din cauza apariției unor împrejurări voite de părți, care nu mai stăruie în soluționarea pricinii, fie independente de voința lor, când părțile sunt în imposibilitatea fizică sau juridică de a se prezenta la judecată¹, fie atunci când sistarea cursului judecătii este impusă de dispoziții legale² ce vizează buna administrare a justiției.

* florina.popa@e-uvt.ro.

¹ V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Volumul II, Ed. Național, București, 1997, pag. 217; G. Răducan, M. Dinu, *Fișe de procedură civilă pentru admiterea în magistratură și avocatură*, ediția a 6-a, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 227.

² Cum întemeiat s-a observat, sistarea cursului actului de justiție poate avea loc fie ca urmare a unor împrejurări care sunt voite de părți, reflectând principiul disponibilității procesului civil, fie ca efect al unor situații care sunt independente de manifestarea lor de voință sau de poziția lor procesuală - I. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 506.

Suspendarea procesului reprezintă o măsură care poate fi dispusă sau constatată numai de către instanță, în cazurile și condițiile expres și limitativ determinate de lege, indiferent dacă este vorba despre un caz de suspendare obligatorie sau un caz de suspendare facultativă.

Cazurile generale de suspendare de drept sunt reglementate de dispozițiile art. 412 alin. (1) pct. 1-8 NCPC și reprezintă situații în care instanța de judecată este obligată să dispună suspendarea, pentru „a asigura părților dreptul la apărare și respectarea principiului contradictorialității, întrucât reprezintă un instrument legal prin care se furnizează celor interesați posibilitatea de a lua măsurile necesare în vederea continuării procesului³”.

Unul dintre cazurile în care judecata se suspendă de drept este cel prevăzut de art. 412 alin. (1), pct. 1 NCPC, respectiv „prin decesul uneia dintre părți, până la introducerea în cauză a moștenitorilor, în afară de cazul când partea interesată cere termen pentru introducerea în judecată a acestora”. Așadar, faptul morții uneia dintre părțile implicate în litigiu în timpul judecării nu va atrage suspendarea de drept⁴, în cazul în care partea care are interes în continuarea judecării solicită un termen pentru a-i introduce în cauză pe moștenitori, cu privire la care va opera transmisiunea legală a calității procesuale în baza dispozițiilor art. 38 NCPC, raportat la cele ale art. 39 alin. (1) NCPC⁵.

Introducerea în cauză a moștenitorilor presupune depunerea la dosar de către partea interesată în continuarea judecării a dovezilor privind calitatea de moștenitor, respectiv a certificatului de moștenitor⁶ sau a certificatului de calitate de moștenitor⁷. În cazul în care

³ C. Negrilă, în Comentariu la art. 412 NCPC, în Colectiv de autori (coord. G. Boroii), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I, art. 1-455 NCPC, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 889.

⁴ Acordarea termenului de introducere în cauză a moștenitorilor în baza art. 412 alin. (1) pct. 1 NCPC poate fi obținut doar în cazul în care decesul părții s-a produs *ulterior* înregistrării cererii de chemare în judecată. În ipoteza în care reclamantul era decedat la momentul la care înregistrării pe rolul instanței a cererii de chemare în judecată, acțiunea fiind formulată și depusă prin reprezentant convențional, sunt întrunite condițiile excepției lipsei capacității procesuale de folosință, devenind incidentă sancțiunea nulității cererii de chemare în judecată, ținând seama că lipsește una dintre condițiile de exercițiu a acțiunii în justiție. Dacă însă pârâtul era decedat la momentul înregistrării cererii de chemare în judecată, iar reclamantul nu a cunoscut această împrejurare, el va putea recurge la instituția modificării cererii de chemare în judecată, însă numai dacă sunt îndeplinite condițiile impuse de dispozițiile art. 204 alin. (1) NCPC.

⁵ Pentru o analiză a condițiilor în care operează transmisiunea calității procesuale legale, în cazul decesului unei părți litigante, a se vedea: D.-N. Theohari, în Comentariu la art. 39 NCPC, în Colectiv de autori (Coordonator G. Boroii), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I, art. 1-455 NCPC, ed. a doua, 2016, (op. cit.), pp. 122-124.

⁶ Potrivit art. 108 din Legea nr. 36/1995, a notarilor publici și a activității notariale, „Calitatea de succesibil și/sau, după caz, titlul de legatar, precum și numărul acestora, se stabilesc prin acte de stare civilă, prin testament sau martori”, iar potrivit art. 116 alin. (3) din același act normativ, „Certificatul de moștenitor face dovada calității de moștenitor, legal sau testamentar, precum și dovada dreptului de proprietate al moștenitorilor acceptanți asupra bunurilor din masa succesorală, în cota care se cuvine fiecăruia”.

⁷ Potrivit art. 117 alin. (1) din Legea nr. 36/1995, a notarilor publici și a activității notariale, „La cererea moștenitorilor, notarul public poate elibera certificat de calitate de moștenitor, care atestă numărul, calitatea și întinderea drepturilor tuturor moștenitorilor legali, cu respectarea procedurii prevăzute pentru eliberarea certificatului de moștenitor, exceptând dispozițiile privind masa succesorală”, iar potrivit alin. (2) al aceluiași articol, „Certificatul de calitate de moștenitor se eliberează cu respectarea procedurii prevăzute de prezenta lege pentru eliberarea certificatului de moștenitor, stabilindu-se și cotele succesorale”.

cel care a decedat este reclamantul, este de presupus că moștenitorii acestuia, dacă au cunoștință despre purtarea procesului, să fie interesați în soluționarea cu celeritatea a acestuia, și, în aceste condiții, să uzeze de ipoteza derogatorie consacrată de dispozițiile tezei finale a punctului 1 de la art. 412 NCPC, respectiv să învedereze instanței că este suficientă acordarea unui termen (eventual mai îndelungat), în vederea introducerii în cauză a moștenitorilor, fără a fi necesară oprirea cursului procesului prin suspendarea de drept a cauzei⁸. Dacă, însă, cel care a decedat este pârâtul, iar, prin ipoteză, reclamantul nu are vocație succesorală la moștenirea lăsată de pârât, atunci sarcina de a identifica moștenitorii pârâtului, dar și de a procura dovezile necesare pentru proba calității acestora⁹, în vederea continuării judecării, se va dovedi de cele mai multe ori foarte oneroasă pentru reclamant, deoarece accesul la datele personale ale altei persoane se poate face doar în condițiile legii¹⁰.

⁸ Situația este diferită în cazul în care decedează reclamantul, caz în care, prin ipoteză, succesorii săi au interesul de a continua judecata. Într-o astfel de situație, instanța supremă a statuat că „*Sanctiunea perimării operează și contra succesorerului părții decedate în cursul procesului, tocmai pentru că preia drepturile și obligațiile procesuale ale autorului său, a cărui personalitate (chiar dacă ficțional - juridic) o continua, astfel încât putea să îndeplinească toate actele de procedură aflate la dispoziția sa, pentru a solicita repunerea dosarului pe rol. Din poziția de succesor, partea nu poate invoca inopozabilitatea procedurii judiciare desfășurate în contradicția cu autorul său, după cum nu se poate pretinde că nu ar fi avut legitimarea să atace încheierea de suspendare a judecării, pe motivul că instanța nu se pronunțase încă asupra calității sale procesuale și nu dispusese introducerea sa în cauză, întrucât, nefiind terț față de judecată, ci un având cauză al uneia dintre părți, este asimilată acesteia în privința modalității în care se repercutează efectele încheierii de suspendare a judecării pronunțate în condițiile art. 244 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ.*” – ÎCCI, s. I civ., dec. nr. 1375 / 2014, disponibilă pe www.scj.ro.

⁹ În literatura de specialitate s-a exprimat opinia potrivit căreia arătarea moștenitorilor nu se rezumă la indicarea anumitor persoane ca moștenitori ai părții decedate, „(...) *ci trebuie dovedită această calitate, fie prin depunerea certificatului de moștenitor sau a celui de calitate, emis în condițiile art. 114 și art. 115 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată, fie prin acte de stare civilă, testament sau martori, analog prevăzând și dispozițiile art. 106 alin. (1) din Legea nr. 136/1995, în vederea stabilirii de către notar a calității de succesibil și / sau, după caz, a titlului de legatar*” – C. Negrilă, *Comentariu la art. 415 NCPC*, în Colectiv de autori (Coordonator G. Boroi), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, vol. I, art. 1-455 NCPC, ed. a doua, 2016, (op. cit.), p. 916. În același sens, dar într-o cheie mai conservatoare, s-a exprimat mai recent opinia potrivit căreia indicarea de către partea interesată a moștenitorilor părții decedate „*se poate face fie prin dovedirea calității de moștenitor cu certificatul de moștenitor sau cel de calitate de moștenitor, fie – în mod excepțional – prin prezentarea certificatelor de stare civilă ale persoanelor astfel desemnate, dimpreună cu probarea actului celui care are vocație succesorală concretă de acceptare expresă sau tacită a moștenirii părți decedate (iar o cerere de continuare de deschidere a judecării sau o declarație în fața instanței că înțelege să continue procesul valorează acceptarea tacită). Cu toate acestea instanța nu va putea trece la analiza îndeplinirii tuturor condițiilor care să permită constatarea calității de moștenitor, dacă aceasta nu reiese din probatoriile administrate la termenul la care se cere continuarea/redeschiderea judecării. (s.n.)*” – G. Lefter, *Scurte considerații despre suspendarea judecării cauzelor prin decesul uneia dintre părți până la introducerea în cauză a moștenitorilor*, disponibil pe platforma juridice.ro, la adresa: <https://www.juridice.ro/648101/scurte-consideratii-despre-suspendarea-judecarii-cauzelor-prin-decesul-uneia-dintre-parti-pana-la-introducerea-in-cauza-a-mostenitorilor.html>, accesat la data de 26 iulie 2019.

¹⁰ În raport cu dificultățile sporite întâmpinate de partea litigantă care se confruntă cu decesul adversarului său procesual, în ceea ce privește sarcina identificării moștenitorilor acesteia, în doctrină s-a subliniat că „(...) instanța își va da concursul părții interesate în obținerea datelor necesare cu privire la posibila deschidere a

În principiu, în orice litigiu, reclamantul, fiind cel ce recurge la acțiunea civilă, este prezumat a fi mai interesat decât pârâtul în finalizarea procesului. Pornind de la această premisă, putem desprinde concluzia că, dacă cel care decedează în timpul procesului este pârâtul, este posibil ca interesul moștenitorilor să nu fie acela de a coopera cu reclamantul în vederea continuării procesului, ci, dimpotrivă, ar putea fi acela de a obstacula demersurile reclamantului pentru procurarea dovezilor necesare introducerii moștenitorilor în cauză, în speranța că, între timp, se împlinește termenul de perimare.

Conform art. 416 alin. (1) NCPC „*orice cerere de chemare în judecată, contestație, apel, recurs, revizuire și orice altă cerere de reformare sau de retractare se perimă de drept, chiar împotriva incapabililor, dacă a rămas în nelucrare din motive imputabile părții litigante, timp de 6 luni*”.

Pentru a opera perimarea, trebuie să fie îndeplinite următoarele condiții: (i) instanța să fi fost investită cu o cerere care a declanșat o judecată în primă instanță sau într-o cale de atac. Perimarea va opera indiferent de obiectul litigiului; (ii) cauza să fi rămas în nelucrare timp de 6 luni. Termenul de 6 luni este un termen legal peremptoriu, care se calculează pe luni conform dispozițiilor de la art. 181 alin. (1) pct. 3 și alin. (2) NCPC și care începe să curgă de la ultimul act de procedură îndeplinit de părți sau de instanță, fiind susceptibil de întrerupere, în condițiile prevăzute de art. 417 NCPC, și de suspendare, în condițiile art. 418 NCPC; (iii) cauza să fi rămas în nelucrare din culpa părții.

În ceea ce privește introducerea în cauză a moștenitorilor, trebuie avută în vedere distincția între moștenitorii sezinari și cei nesezinari. Astfel, în ceea ce privește moștenitorii

succesiunii, prin adrese solicitate camerei notarilor publici din raza ultimului domiciliu al defunctului, în citarea succesibililor indicați și interogarea acestora, chiar din oficiu asupra posibilei acceptări (tacite ori exprese) a succesiunii, și nu va respinge cererea de repunere pe rol decât după ce aceste demersuri procesuale au fost epuizate(...)” - P. Pop, în Gh.- L. Zidaru, P. Pop, *Drept procesual civil. Procedura în fața primei instanțe și în căile de atac*, 2020, (op. cit.), pp. 252-253, unde autorul citează în mod inspirat o decizie de speță a ÎCCJ, a cărei motivare ni se pare elocventă: „*În caz de deces al uneia dintre părțile litigante, potrivit dispozițiilor art. 412 alin. (1) C. pr. civ., judecata cauzei se suspendă până la introducerea în cauză a moștenitorilor. Un astfel de eveniment nu poate ține însă în loc judecata, în mod nelimitat, cu atât mai puțin în situația în care partea interesată în continuarea judecării a făcut demersurile necesare și posibile din punctul de vedere al poziției sale procesuale și a identificat și indicat succesibilii părții decedate. În această situație, dacă informațiile relative la succesiunea defunctului nu sunt satisfăcătoare, revine instanței de judecată, în baza rolului activ îndatorirea de a solicita informații suplimentare de la terții care le dețin, pentru a clarifica care este stadiul procedurii succesoriale, sau, după caz, de a statua, în raport cu dispozițiile din materie succesorală, cu privire la cadrul procesual în care urmează să se desfășoare judecata. Prin urmare, în mod greșit, instanța de apel a respins cererea de reluare a judecării cauzei, sub motiv că nu s-ar fi deus la dosar și dovezi privind acceptarea succesiunii părții decedate de către ascendenții săi sau un certificat de calitate de moștenitor. Atare înscrisuri nu pot fi prezentate de reclamantul A., care este terț în raport cu succesiunea defunctei B., iar obligația de a prezenta astfel de înscrisuri nu poate fi pusă în sarcina sa, întrucât, fiind imposibil de executat, conduce la blocarea procedurii judiciare, în mod nejustificat, contrar prevederilor legale. Astfel de înscrisuri pot fi deținute fie de succesibilii părții decedate, în măsura în care și-au exercitat dreptul de opțiune succesorală în termenul prevăzut de dispozițiile art. 1103 C. civ., fie de terțe persoane, și pot fi prezentate la solicitarea instanței de judecată, în condițiile art. 297 și urm. C. pr. civ. În lipsa unor astfel de înscrisuri, instanța are a analiza, prin administrarea de probatorii în acord cu dispozițiile legale în materie succesorală, care dintre succesibilii părții decedate urmează să preia calitatea procesuală pasivă a autoarei sale, în scopul finalizării judecării, care nu poate sta în loc, nelimitat.*” - ÎCCJ, s. I civ., dec. nr. 493 / 06.03.2019, disponibilă pe www.scj.ro.

sezinari, respectiv soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați, devin aplicabile dispozițiile art. 1125 NCC, potrivit căroră, „Pe lângă stăpânirea de fapt exercitată asupra patrimoniului succesoral, sezina le conferă moștenitorilor sezinari și dreptul de a administra acest patrimoniu, și de a exercita drepturile și acțiunile defunctului”, ceea ce înseamnă că, în vederea introducerii în cauză, va fi suficientă¹¹, în vederea continuării procesului¹², depunerea la dosar a actelor de stare civilă care probează calitatea de moștenitor sezinar a defunctului¹³, fără a mai fi necesară, în acest scop, obținerea certificatului de moștenitor sau a celui de calitate de moștenitor. În acest sens, s-a exprimat opinia INM că „este posibilă introducerea în judecată a moștenitorilor sezinari ai uneia dintre părți, în ipoteza decesului acesteia, pe parcursul procesului, chiar în lipsa emiterii certificatului de moștenitor, ori a dovedirii acceptării moștenirii în orice mod, excepție făcând succesorul sezinar care a renunțat la moștenire¹⁴”.

În schimb, dacă este vorba despre introducerea în cauză a unui moștenitor nesezinar, trebuie să ținem seama de prevederile art. 1127 alin. (2) NCC, potrivit căroră „Până la intrarea în stăpânirea de fapt a moștenirii, moștenitorul legal nesezinar nu poate fi urmărit în calitate de moștenitor.” Totuși, legiuitorul a pus la îndemâna părților un remediu, consacrat de prevederile art. 1113 NCC, potrivit căroră „pentru motive temeinice, la cererea oricărei persoane interesate, un succesibil poate fi obligat, cu aplicarea procedurii prevăzute de lege pentru ordonanța președințială, să își exercite dreptul de opțiune succesorală înăuntrul unui termen stabilit de instanța judecătorească, mai scurt decât cel prevăzut la art. 1.103”. Însă, așa cum s-a remarcat în doctrină, „într-o cerere de ordonanță președințială formulată în temeiul prevederilor art. 1113 C. civ. **ar trebui să fie chemați în judecată toți succesibilii celui decedat**, nu numai cei din clasa de moștenitori cea mai apropiată, deoarece

¹¹ Cu toate acestea, în doctrină s-a exprimat opinia potrivit căreia „Ori de câte ori există divergențe ale părților inițiale sau îndoieli ale instanței în privința vocației succesorale concrete sau în privința valorii unor acte de acceptare tacită, instanța nu ar trebui să continue prin administrarea altor probe prin care să lămurească aceste aspecte care nu fac obiectul investiției inițiale, ci este obligată să procedeze la constatarea existenței cazului de suspendare de drept și neîndeplinirea cerințelor indicării moștenitorilor pentru continuarea judecării” - G. Lefter, *Scurte considerații despre suspendarea judecării cauzelor prin decesul uneia dintre părți până la introducerea în cauză a moștenitorilor*, disponibil pe platforma juridice.ro, la adresa: <https://www.juridice.ro/648101/scurte-consideratii-despre-suspendarea-judecarii-cauzelor-prin-decesul-uneia-dintre-parti-pana-la-introducerea-in-cauza-a-mostenitorilor.html>, accesat la data de 26 iulie 2019.

¹² Întemeiat s-a arătat că „În esență, pe durata de timp de la deschiderea moștenirii și până la clarificarea problemelor legate de stabilirea succesibililor care vin efectiv la moștenire, adică, în ultimă instanță a titularilor patrimoniului succesoral, moștenitori rezervatari, în calitatea lor de continuatori ai persoanei defunctului, li se conferă **provizoriu**, prin lege, anumite prerogative în legătură cu patrimoniul succesoral, asigurând tranziția de la de cuius la moștenitori. Se acoperă astfel vidul care ar subzista între momentul deschiderii moștenirii și acceptarea ei de către succesibili” - Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și ale curților de apel – Pitești, 14-15 noiembrie 2019 <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2019/11/minuta-intalnire-civil-Pitesti-14-15-noiembrie-2019.pdf>, pag. 32

¹³ În acest sens, Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și ale curților de apel – Pitești, 14-15 noiembrie 2019 <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2019/11/minuta-intalnire-civil-Pitesti-14-15-noiembrie-2019.pdf> - pag. 31.

¹⁴ *Idem*, p. 33.

opțiunea succesorală trebuie exercitată în același termen de toți succesibilii, din toate clasele de moștenitori legali. Dată fiind însă dificultatea identificării de către una dintre părțile din proces a succesibililor altei părți, decedați în cursul procesului, inclusiv aplicarea prevederii art. 1113 C. civ. poate crea reale dificultăți pentru stabilirea moștenitorilor părții decedate, și, deci, reluarea judecării după suspendarea acesteia în condițiile art. 412 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ.”¹⁵.

Având în vedere cele expuse *supra*, considerăm că s-ar impune reglementarea legală expresă a suspendării cursului perimării pe durata termenului de exercitare a opțiunii succesorale, de vreme ce, de principiu, în ipoteza decesului unei părți litigante, cadrul procesual poate fi configurat cu certitudine abia după epuizarea termenului de 1 an de zile de la deschiderea succesiunii.

II.

Scurte considerații privind particularitățile regimului juridic al perimării cererii de chemare în judecată suspendate pentru introducerea în cauză a moștenitorilor

Brief Considerations Regarding the Particularities of the Legal Regime of the Lapse of the Suspended Lawsuit for the Introduction of the Heirs

Prof. univ. dr. **Daniel Ghiță***
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept

Premise

În cazul supus dezbaterii, esența problemei și, totodată soluția acesteia, rezidă în identificarea unui remediu pentru situația particulară în care nu se poate imputa unei părți o pasivitate culpabilă, de natură a atrage o sancțiune procesuală de tipul perimării. Soluția

¹⁵ G. Boroj, M. Stancu, în *Drept procesual civil*, ediția a V-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2020, pag. 624, unde autorii sugerează pentru această situație un remediu pe care îl considerăm foarte util, și anume acela ca, „înainte de a proceda la suspendarea judecării, instanța să aibă mai întâi în vedere aplicarea altor dispoziții legale care permit continuarea judecării, deși una dintre părți a decedat, respectiv dispozițiile art. 155 alin. (1) pct. 15 C. pr. civ., suspendarea judecării urmând să fie dispusă doar în măsura în care nu este posibilă continuarea judecării în condițiile prevederilor legale menționate.” Într-adevăr, art. 155 alin. (1) pct. 15 NCPC prevede că, până la intervenirea lor în proces, moștenitorii vor fi citați „printr-un curator special, numit de instanță, la domiciliul acestuia”. Curatorul va fi numit în condițiile art. 58 NCPC.

* daniel.ghita74@yahoo.com.

propusă se circumscrie ideii de suspendare a termenului de primare pe durata termenului de opțiune succesorală, perioadă în care disocierea succesibil – moștenitor produce consecințe juridice evidente în procesul civil în care, potrivit legii, moștenitorii trebuie introduși în cauză.

În aceste condiții, pentru susținerea soluției propuse sau pentru posibila identificare a alteia prin „analogie”, considerăm utilă evocarea dispozițiilor legale care reglementează situații (cvasi)identice sau asemănătoare și a jurisprudenței, urmând ca dezbaterile pe acest subiect să fixeze o soluție sau, de ce nu, să creeze premisele declanșării mecanismelor de unificare a practicii ori chiar o veritabilă propunere de ameliorare a reglementării.

Spre deosebire de situațiile tipice care se grefează pe culpa părții în lăsarea în nelucrare a procesului, un aspect particular al cazului pus în discuție rezidă în aceea că, suspendarea inițială procesului se produce de drept, deci fără vina părții, iar lipsa de stăruință ce prezumă desistarea intervine subsecvent și constă, cel puțin teoretic, în lipsa diligențelor pentru remedierea cauzei de suspendare. Acest aspect este de natură a imprima un tratament legal diferit pentru situația supusă discuției, care să aibă caracter „special” în raport de dispoziția generală cuprinsă în art. 418 alin. (3) C. pr. civ.

Așa cum este general acceptat, perimarea reprezintă o sancțiune procedurală care constă în stingerea procesului în faza sau în ciclul procesual în care se află (primă instanță, cale de atac, executare silită), bazată pe prezumția de desistare a părții dedusă din faptul lipsei de stăruință în judecată, al pasivității, peste termenul legal¹⁶. Așadar, având ca premisă suspendarea procesului sau lăsarea acestuia în nelucrare, perimarea se fundamentează pe ideea de culpă sau de vină a părții/părților în ceea ce privește cauza de suspendare ori, mai degrabă, persistența acesteia.

În situațiile în care legiuitorul a identificat premisele lipsei culpei, când lăsarea în nelucrare a procesului nu este imputabilă părții, fie a prevăzut expres că perimarea, ca sancțiune, nu operează, fie a diluat în timp producerea efectului acesteia, prin reglementarea unor cazuri de suspendare a cursului termenului de primare.

Texte legale, jurisprudență și posibile răspunsuri

Art. 416 alin. (3) C. pr. civ. prevede trei situații în care nu se poate considera că există culpa părții:

– când actul de procedură trebuia efectuat din oficiu [de exemplu, atunci când instanța a dispus suspendarea chiar dacă partea a cerut judecarea în lipsă sau partea nu era legal citată; reluarea judecării se face din oficiu în cazurile prevăzute de art. 412 alin. (1) pct. 7 și art. 520 alin. (2) C. pr. civ.].

– când, din motive care nu sunt imputabile părții, cererea nu a ajuns la instanța competentă (de exemplu, în cazul declinării de competență, al strămutării, al ivirii unui conflict de competență).

– când, fără vina părții, cererii nu i se poate fixa termen de judecată (situația suspendării facultative ori, de exemplu, dosarul nu a fost înaintat instanței ce judecă o cale de atac).

¹⁶ V. Negru, D. Radu, *Drept procesual civil*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, p. 263.

Situațiile reglementate de art. 416 sunt aparent limitative, însă, așa cum s-a prefigurat în analiza supusă discuției din soluțiile propuse de doctrină¹⁷, având în vedere dificultățile pe care reclamantul le poate întâmpina în demersul său de identificare a moștenitorilor ori în accesul la datele personale ale altei persoane care se poate face doar în condițiile legii, nu trebuie exclus concursul instanței, complementar diligențelor reclamantului ori chiar o inițiativă a acesteia din oficiu.

Cu privire la perimare, raportat la cazul de suspendare facultativă prevăzut de art. 413 alin. (1) C. pr. civ., în soluționarea unui recurs în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat Decizia nr. 2/2022 prin care s-a decis că: „În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 416 alin. (1) C. pr. civ., în cazul suspendării facultative, dispuse de instanță în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ. până la pronunțarea de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene a unei hotărâri preliminare, ca urmare a solicitării unei alte instanțe naționale sau a unei instanțe dintr-un alt stat membru al Uniunii Europene, nu intervine perimarea cererii de chemare în judecată sau, după caz, a căii de atac, în ipoteza în care partea interesată nu solicită repunerea cauzei pe rol în termen de 6 luni de la data pronunțării hotărârii preliminare de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, instanța de judecată fiind obligată să dispună din oficiu reluarea judecării procesului”.

În mod similar celor statuate de instanța supremă, în cazul supus discuției s-ar putea interpreta textele legale incidente în sensul că „nu intervine perimarea cererii de chemare în judecată în ipoteza în care partea interesată (reclamantul, în cazul supus discuției) nu solicită repunerea cauzei pe rol în termen de 6 luni de la data pronunțării încheierii de suspendare în temeiul art. 412 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ.”. Având în vedere caracterul suspendării - de drept - rămâne în discuție dacă instanța de judecată ar putea fi obligată să dispună din oficiu reluarea judecării procesului.

Cauzele de suspendare a cursului perimării prevăzute de art. 418 C. pr. civ., întemeiate pe lipsa culpei părților în suspendarea procesului, ar putea constitui temei pentru suspendarea termenului de perimare pe durata termenului de opțiune succesorală ori pentru prelungirea acestuia.

Potrivit art. 418 alin. (1) C. pr. civ., cursul perimării este suspendat cât timp durează suspendarea facultativă a judecării reglementată de art. 413 C. pr. civ. Astfel, cursul perimării este suspendat până la definitivarea hotărârii în litigiul civil sau penal care a determinat suspendarea sau până la definitivarea soluției procurorului. De fapt, în acest caz, termenul de perimare nici nu a început să curgă. După definitivarea procesului care a determinat suspendarea, partea devine culpabilă prin faptul că nu stăruie în judecată și începe să curgă termenul de perimare.

În mod similar, în cazul supus dezbaterii, așa cum de fapt s-a propus de autoare, o posibilă reglementare ar putea prevedea suspendarea cursului perimării cât timp curge termenul de opțiune succesorală și/sau se desfășoară procedura succesorală (notarială,

¹⁷ Nota nr. 10; (...)” - P. Pop, în Gh.-L. Zidaru, P. Pop, *Drept procesual civil. Procedura în fața primei instanțe și în căile de atac*, 2020, p. 252.

dovedită) finalizată cu emiterea certificatului de moștenitor sau de calitate de moștenitor (necesar mai ales în cazul moștenitorilor nesezinari).

În cazul demarării unui litigiu succesoral, temeiul suspendării cursului perimării l-ar putea constitui chiar dispozițiile art. 418 alin. (1) C. pr. civ.

În temeiul art. 418 alin. (1) C. pr. civ., cursul perimării este suspendat cât timp durează suspendarea judecătii - de drept sau judecătorească - în alte cazuri stabilite de lege, dacă suspendarea nu este cauzată de lipsa de stăruință a părților în judecată (de exemplu, suspendarea nu este cauzată de vina părților în cazurile prevăzute de art. 134, art. 143 și art. 307 C. pr. civ.). Acestor cazuri le este asimilată și situația în care suspendarea voluntară pentru lipsa părților a fost dispusă greșit, deși la dosar exista cerere de judecare în lipsă.

În temeiul art. 413 alin. (1) pct. 3 și al art. 418 alin. (1) C. pr. civ., prin legi speciale se pot institui cazuri de suspendare facultativă a judecătii care, implicit generează situații de suspendare a cursului perimării.

Declanșarea unei proceduri succesoriale notariale, subsecvent suspendării procesului în temeiul art. 412 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ., ar putea să reprezinte un astfel de caz, în condițiile reglementării în legea specială. Exercitarea opțiunii succesoriale în termen de un an, declanșarea și desfășurarea procedurii succesoriale notariale, prin ipoteză, exced termenului de perimare și, se constituie în situații ce exclud culpa părții.

Cursul perimării este suspendat în cazurile de suspendare de drept a judecătii, prevăzute de art. 412, cursul perimării este suspendat timp de o lună de la data când s-au petrecut faptele care au determinat suspendarea judecătii, dacă aceste fapte s-au petrecut în cele din urmă 3 luni ale termenului de perimare. Ipoteza este aceea în care, procesul a fost suspendat (de exemplu, pentru lipsa părților legal citate), iar termenul de perimare a început să curgă, iar în cele din urmă 3 luni ale acestuia una din părți decedează. În acest caz, o nouă suspendare întemeiată pe art. 412 C. pr. civ. nu se mai poate dispune, însă, ca măsură de protecție, cursul perimării este suspendat timp de o lună de la data decesului, adică începe să curgă, din nou, după o lună și va duce la perimare dacă nu se formulează cerere de repunere pe rol.

Similar acestei soluții legale, în cazul suspus discuției, termenul de perimare ar putea fi „prelungit” în ipoteza în care reclamantul arată că demersurile sale în vederea introducerii moștenitorilor sunt laborioase și necesită timp suplimentar sau că există deja moștenitori acceptanți, iar procedura de emitere a certificatelor doveditoare a calității se află în desfășurare.

În fine, conform art. 418 alin. (3) C. pr. civ., perimarea se suspendă pe timpul cât partea este împiedicată de a stăruii în judecată din cauza unor motive temeinic justificate, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege. În această situație, după încetarea împrejurărilor ce au determinat suspendarea, cursul perimării se va relua.

Prin prima situației supusă analizei, dat fiind caracterul laborios al demersului părții, invocarea cu succes a prevederii legale menționate, presupune, așa cum s-a apreciat și în doctrină, dovedirea întinderii în timp a împrejurării ce constituie motiv temeinic.

Evident, situația expusă în speță, se încadrează în prevederile legale menționate, iar ipotezele ce generează dificultăți pentru reclamantul din procesul suspendat în temeiul art.

412 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ. pot constitui „motive temeinic justificate”. În egală măsură, așa cum în mod „temeinic justificat” s-a apreciat în chiar rezumatul studiului avansat spre dezbatere, prin prisma unei experiențe judiciare de necontestat a autorului, aprecierea motivelor care pot determina suspendarea cursului perimării, lăsată la aprecierea instanței, în lipsa unor criterii legale, este de natură a pune sub semnul incertitudinii evaluarea unitară a unei situații concrete de genul celei supusă analizei.

Ca o concluzie, în mod cert, mecanismul prevăzut de art. 418 alin. (3) C. pr. civ. nu constituie un remediu suficient pentru a compensa dificultatea legală și faptică a demersului reclamantului din procesul suspendat în temeiul art. 412 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ.

În plus, exemplu dat pentru ipoteza de suspendare a cursului perimării prevăzută în teza finală a art. 418 alin. (3) C. pr. civ. – în alte cazuri expres prevăzute de lege – ar putea, de asemenea, să susțină o reglementare a soluției propuse pentru cazul particular suspus discuției. Astfel, conform art. 62 alin. (2) din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, cursul perimării se suspendă pe durata desfășurării procedurii de mediere, dar nu mai mult de 3 luni de la data semnării contractului de mediere.

Nu este lipsită de dificultate pentru reclamant în cazul suspus discuției, nici ipoteza în care, potrivit art. 412 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ., acesta solicită termen pentru introducerea în cauză a moștenitorilor, întrucât în situația în care, în pofida eforturilor sale nu finalizează respectivul demers, redevin aplicabile dispozițiile privind suspendarea judecării.

I.

Limitele principiului rolului activ al judecătorului în procesul civil

The Limits of the Principle of the Active Role of the Judge in Civil Proceedings

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

Cuvinte-cheie: proces civil, rol activ, limite, incompatibilitatea judecătorului, rol activ.

Keywords: civil proceedings; active role; limits; judge's incompatibility; active role.

Principiul rolului activ al judecătorului este reglementat de **art. 22 C. pr. civ.**, având denumirea marginală *Rolul judecătorului în aflarea adevărului*.

Numit astfel, principiul relevă prerogativele și îndatoririle esențiale ale judecătorilor în buna administrare a justiției¹.

Din atributul justiției ca „serviciu public” derivă „oficializarea” procesului civil, ceea ce implică, între altele, *rolul activ al judecătorului*, rol care nu înseamnă nici parțialitatea, nici ingerință în spațiul drepturilor și intereselor părților. El este, dimpotrivă, o garanție a acestor drepturi și interese².

Aici intervine dificultatea stabilirii acestor limite, până unde se poate întinde acest rol activ? Prevederile art. 22 în cele 7 alineate orientează judecătorul în activitatea acestuia.

Astfel, judecătorul soluționează litigiul conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile.

Textul art. 22 alin. (2) C. pr. civ. statuează că judecătorii au îndatorirea să stăruie prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșeală privind aflarea adevărului în cauză, pe baza stabilirii faptelor și prin aplicarea corectă a legii, în scopul pronunțării unei hotărâri temeinice și legale; ei vor putea să dispună administrarea probelor pe care le consideră necesare, precum și alte măsuri prevăzute de lege, chiar dacă părțile se împotrivesc.

Trecând peste principiul disponibilității, care este guvernant în procesul civil, reglementat de art. 9 C. pr. civ., pentru stabilirea corectă a stării de fapt și în consecință pentru aplicarea corectă a prevederilor legale, judecătorul poate să dispună administrarea probelor pe care le consideră necesare pentru soluționarea pricinii.

* claudia.rosu@e-uvt.ro.

¹ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 228.

² *Ibidem*.

În acest sens, art. 254 alin. (5) C. pr. civ. prevede că, în cazul în care probele propuse de părți nu sunt îndestulătoare pentru lămurirea în întregime a procesului, instanța va dispune ca părțile să completeze probele și judecătorul poate, din oficiu, să pună în discuția părților necesitatea administrării altor probe, pe care le poate ordona chiar dacă părțile se împotrivesc³.

Se pune problema dacă judecătorul dispune administrarea anumitor probe care ar fi favorabile mai mult uneia dintre părți, încalcă obligația de imparțialitate? Cealaltă parte ar putea să invoce prevederile art. 42 alin. (1) pct. 13 C. pr. civ., atunci când există alte elemente care nasc în mod întemeiat îndoieli cu privire la imparțialitatea sa?

Este adevărat că prevederile art. 42 alin. (1) pct. 1 teza a II-a C. pr. civ., dispun în mod expres că punerea în discuția părților, din oficiu, a unor chestiuni de fapt sau de drept, nu îl fac pe judecător incompatibil.

Dar cum se stabilește această limită, cum poate judecătorul să se mențină în standardul imparțialității și să nu treacă în cel al incompatibilității?

Cu privire la situația de fapt și motivarea în drept pe care părțile le invocă în susținerea pretențiilor și apărărilor lor, judecătorul este în drept să le ceară acestora să prezinte explicații, oral sau în scris, precum și să pună în dezbateră lor orice împrejurări de fapt ori de drept, chiar dacă nu sunt menționate în cerere sau în întâmpinare.

Această posibilitate a judecătorului se exercită în legătură cu aspectele menționate de părți în actele de procedură efectuate în cauză. Mai mult, și în legătură cu împrejurările de fapt sau de drept nemenționate de părți în actele de procedură efectuate în cauză, dar pe care judecătorul le apreciază ca fiind relevante pentru soluționarea cauzei, instanța are dreptul de a le pune în dezbateră părților⁴.

Judecătorul are nu numai dreptul de a pune în dezbateră părților orice împrejurări de fapt sau de drept ale speței, ci și dreptul a invoca din oficiu încălcarea normelor juridice de ordine publică, afară de cazurile în care printr-o normă specială se dispune altfel. În acest sens, potrivit art. 178 alin. (1) C. pr. civ., nulitatea absolută a actelor de procedură poate fi invocată din oficiu de judecător, în orice stare a judecării, dacă legea nu prevede altfel⁵.

În toate cazurile, excepțiile procesuale sau motivele invocate din oficiu de către instanță trebuie puse în discuția contradictorie a părților⁶.

În temeiul principiului rolului activ, dacă constată că nu a fost stabilit corect cadrul procesual, judecătorul poate dispune introducerea în cauză a altor persoane, în condițiile legii.

Persoanele astfel introduse dobândesc independență procesuală, deoarece au posibilitatea de a efectua acte de dispoziție. Astfel, ele pot după caz, să renunțe la judecată sau la dreptul pretins, să achieseze la pretențiile reclamantului ori să pună capăt procesului prin încheierea unei tranzacții.

³ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 20.

⁴ *Idem*, p. 21.

⁵ *Idem*, p. 22.

⁶ *Ibidem*.

Judecătorul nu este ținut de calificarea juridică pe care părților au conferit-o actelor și faptelor deduse judecății, motiv pentru care indiferent de denumirea pe care părțile le-au atribuit-o, el dă sau restabilește calificarea juridică exactă a acestora. Cu toate acestea, judecătorul nu va efectua recalificarea decât după ce o pune în discuția părților.

Totuși, dacă este vorba de drepturi asupra cărora părțile pot dispune și au stabilit printr-un acord expres, calificarea juridică și motivele de drept asupra cărora au înțeles să limiteze dezbaterile, judecătorul nu poate schimba denumirea sau temeiul juridic astfel stabilite. Singura condiție pentru ca acordul să fie valabil este să nu încalce drepturile sau interesele legitime ale altora.

Potrivit principiului rolului activ, judecătorul trebuie să se pronunțe asupra a tot ce s-a cerut, însă, trebuie să respecte în același timp, principiul disponibilității și să nu depășească limitele investiției, în afară de cazurile în care legea ar dispune altfel.

Legea stabilește în anumite situații, în special, în cele de Dreptul familiei, obligația judecătorului de a se pronunța și asupra unor aspecte pe care părțile nu le-au solicitat, cum este de ex. prevederea din art. 919 alin. (3) C. pr. civ., când instanța se va pronunța din oficiu și asupra numelui pe care îl vor purta soții după divorț, potrivit prevederilor Codului civil.

Dar, dacă judecătorul nu dă curs unei prevederi exprese, se poate remedia această problemă în căile de atac? De exemplu, dacă nu desemnează un avocat din oficiu în cazul instituirii consilierii judiciare sau tutelei speciale, astfel cum dispune art. 938⁵ C. pr. civ.? Se poate considera hotărârea nulă, pentru că s-a încălcat dreptul la apărare al persoanei față de care se urmărește luarea unei măsuri de ocrotire?

Atunci când necesitatea lămuririi unor elemente s-a constatat după închiderea dezbaterilor, atât în virtutea rolului activ, dar și pentru respectarea principiilor contradictorialității și al dreptului la apărare, instanța este obligată să repună cauza pe rol, pentru a da posibilitatea părților să-și exprime punctul de vedere asupra problemei puse în discuție de judecător⁷.

Dacă doar cu ocazia deliberării se constată că este necesară administrarea anumitor probe care ar determina favorizarea uneia dintre părți, ce va face judecătorul, cum va justifica redeschiderea dosarului și administrarea probei respective?

În exercițiul rolului activ, judecătorul poate urmări și atenuarea unor dispoziții legale restrictive, prin aplicarea altor dispoziții legale. De exemplu, partea care nu a propus probele prin cererea de chemare în judecată sau prin întâmpinare este decăzută din dreptul de a mai propune probe, potrivit art. 254 alin. (1) C. pr. civ. Totuși, dacă partea învederează instanței că, din motive temeinic justificate, nu a putut propune în termen probele cerute, atunci instanța, în temeiul art. 254 alin. (2) pct. 3 C. pr. civ., va putea încuviința și proba cerută pe parcursul procesului⁸.

Când legea îi conferă judecătorului puterea de apreciere sau îi cere să țină seamă de toate circumstanțele cauzei, judecătorul, pe lângă regulile de drept, va ține seama în

⁷ M. Tăbârcă, *Drept procesual civil, vol. I, Teoria generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 145.

⁸ *Idem*, p. 151.

soluționarea cauzei și de principiile generale ale dreptului, de cerințele echității și de buna-credință.

Principiul rolului activ implică și preocuparea judecătorului pentru soluționarea rapidă a procesului civil.

Acest principiu se realizează în tot cursul judecătii, de la promovarea cererii de chemare în judecată până la desăvârșirea executării silite.

Rolul activ al judecătorului intră în coliziune cu soluționarea procesului într-un termen optim și previzibil? Durata actuală a unui proces este departe de a se încadra într-o durată optimă și previzibilă?

Dificultățile legate de lipsa de personal pot constitui o scuză plauzibilă?

În concluzie, ce ar trebui făcut concret pentru ca rolul activ să determine soluționarea cu celeritate a procesului, în limitele imparțialității și cu respectarea unor termene rezonabile?

Judecătorul imprimă direcția și ritmul procesului, are multiple puteri în ceea ce privește disciplinarea cursului procesului și administrarea probelor. Întrucât el beneficiază de aceste prerogative, el are în principiu și datoria de a își exercita rolul activ⁹.

Dar, dacă judecătorul cere disciplină participanților la procesul civil, el este cel dintâi obligat să o respecte în toate etapele procesuale, judecata în primă instanță, căile de atac și executarea silite.

II.

Rolul activ al judecătorului*

The Active Role of the Judge

*Conf. univ. dr. Sebastian Spinei**

Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu

Facultatea de Drept

Sub denumirea marginală *Rolul judecătorului în aflarea adevărului*, art. 22 NCPC cuprinde mai multe atribute ale judecătorului, între care una din cele mai semnificative este **rolul activ**.

Două soluții principale au fost concepute în diversele sisteme jurisdicționale în ceea ce privește poziția judecătorului în cadrul procesului.

⁹ S. Spinei, *Drept procesual civil. Teoria generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 190.

* Materialul este o preluare și adaptare a unor secțiuni din lucrări publicate anterior – S. Spinei, *Reglementarea căilor de atac în dreptul procesual civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, și *Drept procesual civil. Teoria generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2017.

* sebastian.spinei@ulbsibiu.ro.

În sistemul așa-numit *adversarial*, judecătorul are un **rol pasiv**, de simplu arbitru, care nu intervine în derularea procesului. Procesul este condus de părți, care administrează probele pe care le consideră necesare și desfășoară diverse alte activități procesuale în ritmul dorit de ele. Precizăm că, într-un asemenea sistem, se spune că instanța poate ajunge doar la ceea ce se numește un **adevăr judiciar** – adică la adevărul stabilit potrivit probelor administrate de părți, fără intervenția judecătorului.

În sistemul denumit *inchizitorial*, judecătorul are, dimpotrivă, un **rol activ**, el fiind acela care imprimă direcția și ritmul procesului. Într-un asemenea sistem, judecătorul are multiple puteri în ceea ce privește disciplinarea cursului procesului și administrarea probelor. Întrucât el beneficiază de aceste prerogative, el are în principiu și datoria de a își exercita rolul activ. Având aceste puteri și datoria de a le valorifica, se spune că judecătorul poate ajunge la ceea ce a fost denumit **adevărul material**.

Acest sistem este cel adoptat și aparent menținut și în procedura noastră civilă. Într-adevăr, potrivit alin. (2) al art. 22 NCPC, judecătorul are *îndatorirea să stăruie*, prin toate mijloacele legale, *pentru a preveni orice greșală privind aflarea adevărului în cauză, pe baza stabilirii faptelor și prin aplicarea corectă a legii*, în scopul pronunțării unei hotărâri temeinice și legale. *În acest scop*, cu privire la situația de fapt și motivarea în drept pe care părțile le invocă, *judecătorul este în drept să le ceară să prezinte explicații*, oral sau în scris, să pună în dezbateră acestora orice împrejurări de fapt sau de drept, chiar dacă nu sunt menționate în cerere sau în întâmpinare, *să dispună administrarea probelor pe care le consideră necesare, precum și alte măsuri prevăzute de lege, chiar dacă părțile se împotrivesc*¹⁰.

Codul francez de procedură civilă din 1806, care se află la originea sistemului nostru procedural, consacră sistemul judecătorului pasiv. Acest sistem a fost preluat inițial și în dreptul nostru.

Principiul rolului activ a fost introdus ulterior, după model austriac¹¹. El a fost consolidat în timpul regimului socialist și menținut în cuprinsul Noului cod.

¹⁰ A se vedea însă art. 254 al. (6) NCPC: *Cu toate acestea, părțile nu pot invoca în căile de atac omisiunea instanței de a ordona din oficiu probe pe care ele nu le-au propus și administrat în condițiile legii.*

¹¹ Respectiv de reformele procedurii civile austriece din 1898 inițiate de Franz Klein (ilustru procedurist, al cărui nume a devenit asociat cu Codul austriac de procedură civilă). A se vedea, în legătură cu personalitatea și reformele lui Franz Klein, C.H. van Rhee, *The development of civil procedural law in twentieth-century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency*, în C.H. van Rhee (Editor), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*, Intersentia Antwerpen–Oxford, 2007.

Receptarea modelului austriac în România a fost facilitată de faptul că, în regiunile istorice reunite cu Vechiul Regat în 1918, *Zivilprozessordnung* fie se aplica nemijlocit (în Bucovina), fie influențase în mod semnificativ reglementările procedurale în vigoare (în Ardeal se aplica legea maghiară din 1911). După alte surse, introducerea principiului rolului activ la noi a fost inspirată de Codul de procedură civilă polonez (a se vedea A. Machnikowska, A. Stawarska-Rippel, *The Principles of Civil Procedure in Poland in the Twentieth Century. Doctrine, Drafts and Law in a Comparative Perspective*, în *Comparative Law Review*, Nicolaus Copernicus University, Toruń, Vol 21 (2016), pp. 81-153.

Codul austriac de procedură, care inspirase legile de accelerare a judecăților din anii '20- '30 ai secolului trecut, se întemeia pe o serie de principii, noi la acea vreme: ideea de *Sozialfunktion* (potrivit căreia soluționarea corectă a litigiilor este o funcțiune socială¹²) ori *soziale Rechtspflege* (justiția este un serviciu social în care statul trebuie să se implice în mod activ¹³) ori cea potrivit căreia justiția este o *Wohlfahrtseinrichtung* – o instituție a unui stat care se preocupă de bunăstarea cetățenilor, un element al bunăstării generale¹⁴.

Principiile amintite se află în relație cu teza potrivit căreia justiția trebuie adaptată noului fenomen al „contenciosului de masă”¹⁵.

¹² A se vedea C.H. van Rhee, *op. cit.*, p. 3; C.H. van Rhee, R.Verkerk, *Civil procedure*, în J.M. Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham, 2006, pp. 123-124; Peter E. Herzog, Delmar Karlen, *Attacks on Judicial decisions*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) - Tübingen; M. Nijhoff – The Hague, Boston, London, 1982, p. 5.

¹³ R.C. van Caenegem, *History of European civil procedure*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) - Tübingen, Mouton - The Hague, Paris, Oceana Publications Inc. - New York, 1973, p. 97; Mauro Cappelletti, Bryant G. Garth, *Introduction – policies, trends and ideas in civil procedure*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) - Tübingen; M. Nijhoff - Dordrecht, Boston, Lancaster, 1987, p. 13.

¹⁴ Mirjan R. Damaška, *The faces of justice and state authority – a comparative approach to the legal process*, Yale University Press, 1991, pp. 210-212.

¹⁵ A se vedea Paul Oberhammer, Tanja Domej, *Improving the efficiency of civil justice. Some remarks from an Austrian perspective*, în C.H. van Rhee, A.Uzelac, *Civil Justice between Efficiency and Quality: From Lus Commune to the CEPEJ*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, p. 63; Benoît Frydman, *L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice*, în P. Mbongo (editor), *La qualité des décisions de justice*, Editions du Conseil de l'Europe, p. 26, pe <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>; M. Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, Oxford University Press, 1991, p. 25.

I.

Ne quid nimis: realități și perspective ale principiului proporționalității în dreptul administrativ

Ne quid nimis: Realities and Perspectives of the Principle of Proportionality in Administrative Law

Conf. univ. dr. **Violeta Stratan***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: drept administrativ, principiul proporționalității, control judiciar, sistem național, sistem supranațional.

Keywords: administrative law; principle of proportionality; judicial review; national system; supranational system.

De-a lungul timpului, proporționalitatea a fost definită prin referire la noțiuni precum „armonie”, „adecvare”, „echilibru”, „justă măsură”, în concordanță cu sensul etimologic al termenului *proportio* - acela de „raport”, „analogie”. Uzual în arhitectură, pictură sau matematică, conceptul de proporționalitate nu este străin nici științelor juridice. Încercând să definească dreptatea, Aristotel o asocia unei poziții intermediare între două extreme situate în afara proporției¹. Cea mai cunoscută reprezentare plastică a justiției este imaginea zeiței Themis care poartă în mână o balanță aflată în echilibru. Cesare Beccaria ridică proporția între infracțiuni și pedepse la rang de principiu al dreptului penal. În celebrul său *Vocabular juridic*² Gérard Cornu pune semnul egalității între proporționalitate și justă măsură, adecvare, moderație ori folosirea celor mai potrivite mijloace pentru atingerea unui obiectiv. *Dicționarul culturii juridice* o descrie ca „mecanism ponderator între principii juridice de rang echivalent, simultan aplicabile dar antinomice”³.

Fie că îmbracă haina unui mecanism de control judiciar apt să pună în balanță principii juridice concurente, fie că se erijează în principiu general de drept, proporționalitatea are menirea de a garanta atât protecția drepturilor și libertăților individuale cât și salvagardarea interesului public. Cu alte cuvinte, ea reprezintă centrul balanței la ale cărei extremități se situează interese divergente, justul echilibrul care trebuie să existe între intervenția

* violeta.stratat@e-uvt.ro.

¹ V. Stoica, *Despre dreptate și imaginația juridică*, în Revista română de drept privat nr. 2/2017, pp. 279-286.

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^e édition, PUF, 2011, p. 797.

³ D. Allant et S. Rials (dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1251.

autorităților publice, întemeiată pe rațiuni care țin de satisfacerea interesului general, pe de o parte, și protecția drepturilor și libertăților individuale, pe de altă parte.

Într-un comentariu pe marginea hotărârii judecătorești⁴ care a consacrat principiul proporționalității, juristul german Fritz Fleiner s-a referit la acesta în termeni care nu mai au nevoie de nicio explicație: „poliția nu trebuie să tragă în vrăbii cu tunul”⁵. La fel de plastică este formula prin care Lordul Diplock a explicat principiul în jurisprudența anglo-saxonă: „să nu spargi nucile cu barosul dacă ai la îndemână spărgătorul de nuci”⁶. Aceste enunțuri merită amintite aici nu numai pentru expresivitatea lor, ci mai ales pentru aptitudinea lor de a schița semnificația principiului proporționalității în ambientul dreptului administrativ.

Născut în contextul controlului exercitat de instanțele germane asupra unor măsuri polițienești, principiul proporționalității a dobândit valențe noi pe parcursul evoluției sale în diversele sisteme de drept naționale și supranaționale care l-au consacrat la nivel jurisprudențial și legislativ. În accepțiunea sa actuală, el funcționează ca un mecanism de garantare a principiilor și valorilor statului de drept, respectiv de cenzurare a puterii discreționare a autorităților publice, prin limitarea ingerințelor acestora în sfera drepturilor și libertăților individuale.

România a reglementat principiul proporționalității atât la nivel constituțional⁷, cât și la nivel legislativ. Un studiu recent⁸ trece în revistă actele normative din domeniul dreptului administrativ român în care principiul proporționalității este consacrat expres⁹, autorul concluzionând că acest principiu juridic reprezintă un principiu de bază al dreptului constituțional și administrativ, pe care atât instanța constituțională, cât și instanțele judecătorești de drept comun, ori de contencios administrativ îl pot invoca pentru a sancționa excesul de putere al autorităților publice, iar organele executive îl pot aplica în momentul emiterii unui act administrativ.

⁴ Hotărârea instanței administrative supreme din Prussia în cauza *Kreuzberg* (14 iunie 1882), *apud* J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e édition, 2009, p. 731.

⁵ F. Fleiner, Notă asupra Deciziei *Kreuzberg*, 14 iunie 1882, *apud* B. Stirn, *Vers un droit public européen*, LGDJ, 2015, 2^eme édition, p. 93.

⁶ Potrivit explicației conferite principiului proporționalității de judecătorul britanic în cazul *R v Goldstein* [1983] 1 WLR 151 (HL): „(...) in plain English it means that you must not use a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do”, *apud* G. Letsas, în *Proportionality as Fittingness: The Moral Dimension of Proportionality*, <https://www.ucl.ac.uk>.

⁷ Conform art. 53 din Constituția României, „(1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. (2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”.

⁸ G. V. Pașcui, *Principiul proporționalității în dreptul administrativ*, în Jurnalul Baroului Cluj nr. 2/2021, pp. 7-19, www.baroul-cluj.ro/wp-content/uploads/2021/12/JBC_2-2021.pdf.

⁹ Autorul analizează dispozițiile relevante din Legea nr. 51/2006 a serviciilor comunitare de utilități publice, O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ.

Doctrina administrativă analizează principiul proporționalității în raport cu oportunitatea actului administrativ. Aceasta reprezintă, în opinia profesorului Anton Trăilescu, „barometrul”¹⁰ exercitării puterii discreționare de care se bucură autoritățile administrației publice în activitatea lor specifică, barometru calibrat în funcție de anumite criterii, printre care autorul citat enumeră „momentul în care se adoptă actul administrativ, condițiile concrete în care urmează să se aplice un asemenea act, avantajele și costurile financiare și sociale pe care le implică emiterea și executarea sa, raportul de proporționalitate între necesitatea obiectivelor urmărite și mijloacele folosite pentru atingerea acestor obiective, justul echilibru între cerințele interesului public și imperativul respectării drepturilor fundamentale”¹¹. Dreptul de apreciere al autorităților administrației publice nu poate fi unul absolut, deoarece ar risca să se transforme în abuz de drept. De aceea, el este supus atât controlului administrativ cât și celui judecătoresc. În cadrul acestuia din urmă, instanțele judecătorești au posibilitatea de a modifica sau anula actele administrative emise cu nerespectarea criteriilor susmenționate. Autorul citat subliniază, cu titlu exemplificativ, faptul că încălcarea principiului proporționalității în emiterea actelor administrative privind aplicarea sancțiunilor contravenționale ori disciplinare care sunt excesive în raport cu gravitatea abaterilor administrative comise de particulari sau a principiului echilibrului financiar în contractele administrative reprezintă motive de nelegalitate a actelor administrative respective¹².

În același sens, un alt autor afirmă că „principiul proporționalității este un criteriu esențial care permite delimitarea puterii discreționare de excesul de putere în activitatea autorităților statului”¹³, considerând că măsurile dispuse de autoritățile statului pot fi calificate ca reprezentând un exces de putere ori de câte ori se poate vorbi de situații precum cele în care măsurile dispuse nu urmăresc un scop legitim; deciziile autorităților nu sunt adecvate scopului legitim urmărit, în sensul că depășesc ce este necesar pentru atingerea acestui scop; nu există o justificare rațională a măsurilor dispuse; prin deciziile lor, autoritățile statului limitează exercițiul unor drepturi și libertăți fundamentale fără a motiva corespunzător raportul adecvat între măsura dispusă și scopul legitim urmărit¹⁴.

O analiză aparte¹⁵ asupra principiului proporționalității așază la baza construcției principiului noțiunea de interes public. Autorul ei atribuie interesului public rolul de a pondera intensitatea exercițiului prerogativelor de putere publică, de către autoritățile administrației publice, de a-i orienta sensul, fie spre sfera intereselor private legitime, fie spre ordinea publică¹⁶. Menit să limiteze acțiunea administrației publice, în situația în care

¹⁰ A. Trăilescu, *Drept administrativ. Partea specială*, ed. a 2^a. C.H. Beck, București, 2020, p. 29.

¹¹ A. Trăilescu, *Drept administrativ. Partea specială*, ed. a 3^a. Ed. C.H. Beck, București, 2023, p. 33.

¹² *Ibidem*.

¹³ M. Andreescu, *Unele probleme ale puterii discreționare și ale excesului de putere în activitatea autorităților statului*, în *Pandectele Române* nr. 12/2012, p. 46, *apud* G. B. Spârchez, O. Șarment, *Despre utilitatea folosirii principiului proporționalității în analiza depășirii limitelor puterii discreționare a administrației*, SUBB *lurisprudencia* nr. 3/2018, p. 73.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ C. Clîpa, *Fundamentele ideologice ale dreptului administrativ*, vol. II, tomul 2, Specificitățile, pp. 249-251.

¹⁶ *Idem*, p. 250.

aceasta și-ar exercita competența într-o manieră excesivă sau deturnată, cu încălcarea unor drepturi subiective sau a unor libertăți, ori, dimpotrivă, să o intensifice, prin orientarea exercițiului prerogativelor de putere publică în sensul conservării sau, la nevoie, recuperării ordinii publice, chiar cu restrângerea corespunzătoare a drepturilor și intereselor legitime ale particularilor (niciodată, însă, suprimarea lor), interesul public reprezintă cheia de boltă și măsura acțiunii administrației publice. Atât fraza I a art. 9¹⁷, cât și alte dispoziții din cuprinsul Codului administrativ - art. 307 alin. (5) lit. a)¹⁸, art. 311 lit. c)¹⁹ ori art. 567 alin. (2)²⁰ - stau mărturie în acest sens²¹.

Curtea Constituțională a recunoscut proporționalitatea ca principiu constituțional, atât anterior cât și ulterior revizuirii constituționale din anul 2003²². Recent, o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție²³ a îmbogățit peisajul jurisprudențial autohton cu o binevenită sinteză a realităților principiului proporționalității în sfera dreptului administrativ. În esență, acesta joacă un rol semnificativ în dreptul administrativ chiar și atunci când drepturile constituționale nu sunt în joc, fiind considerat un principiu general al dreptului. Instanțele de judecată sunt îndreptățite să verifice „dacă măsura luată este adecvată și potrivită pentru a atinge scopul propus, dacă este necesară sau dacă scopul ar fi putut fi atins printr-un mijloc mai puțin „invaziv” precum și dacă nu este în mod vădit disproporționată raportat la costuri și beneficii”, altfel spus „să analizeze existența unei relații adecvate între mijloace și scopuri. De principiu, acolo unde există posibilitatea de a alege între mai multe măsuri considerate corespunzătoare trebuie să se apeleze la cea mai puțin oneroasă iar dezavantajele nu trebuie să fie disproporționate cu scopul urmărit. În mod particular domeniului administrativ, măsurile administrative nu trebuie să treacă dincolo de ce este strict necesar și nu trebuie să fie însoțite de o sancțiune disproporționată cu gravitatea încălcării. În acest domeniu, principiul proporționalității este un criteriu care permite delimitarea puterii discreționare a autorităților administrative de „excesul de putere” în raport de care se analizează controlul jurisdicțional al actelor administrative. (...). În aceeași manieră și organele executive aplică principiul proporționalității în momentul emiterii unui act

¹⁷ „Formele de activitate ale autorităților administrației publice trebuie să fie corespunzătoare satisfacerii unui interes public, precum și echilibrate din punctul de vedere al efectelor asupra persoanelor.”

¹⁸ „La inițierea procedurilor de stabilire a modului de calcul al redevenței prevăzut la alin. (4), ministerele de resort, alte organe de specialitate ale administrației publice centrale sau autoritățile administrației publice locale, după caz, vor avea în vedere următoarele criterii: a) proporționalitatea redevenței cu beneficiile obținute din exploatarea bunului de către concesionar; (...)”.

¹⁹ „Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune de bunuri proprietate publică sunt: (...) c) proporționalitatea - orice măsură stabilită de autoritatea publică trebuie să fie necesară și corespunzătoare naturii contractului; (...)”.

²⁰ „Principiile răspunderii administrative (...) (2) Principiul justeței sau proporționalității răspunderii - corelarea sancțiunii aplicate cu gradul de pericol social al faptei ilicite săvârșite și cu întinderea pagubei, în cazul producerii unei pagube, cu forma de vinovăție constatată, printr-o corectă individualizare”.

²¹ *Idem*, p. 251.

²² V. deciziile CCR enumerate la nota de subsol 35, în G.V. Pașcui, *op. cit.*; v. și M. Andreescu, C. Andreescu, *Contribuții ale doctrinei și jurisprudenței constituționale la construcția principiilor proporționalității și egalității*, în *Pandectele Romane nr. 3/2020*, www.sintact.ro.

²³ ÎCCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 604 din 7 februarie 2023, www.scj.ro.

administrativ. Acestea au ca obiectiv esențial evitarea oricărei restrângeri a drepturilor cetățenilor și obligația să nu îi constrângă la sarcini împovărătoare iar un mijloc adecvat de îndeplinire a acestui obiectiv este principiul proporționalității. Orice încălcare a acestui principiu poate fi verificată și sancționată de instanța de judecată”.

Aplicând aceste repere la circumstanțele speței, Înalta Curte a confirmat soluția primei instanțe, în sensul anulării unor dispoziții din cuprinsul unor acte normative care reglementau drepturile și obligațiile părților în contractul-cadru privind condițiile acordării asistenței medicale, a medicamentelor și a dispozitivelor medicale în sistemul asigurărilor sociale de sănătate pentru anul 2015²⁴.

Judecătorii primei instanțe au reținut nelegalitatea dispozițiilor atacate din perspectiva încălcării principiului proporționalității prevăzut de art. 53 Constituție. Art. 102 alin. (3) lit. a) din Anexa 2 a H.G. nr. 400/2014, respectiv, art. 8 alin. (3) lit. a) din Anexa 26 a Ordinului nr. 338/186/2015 al Ministerului Sănătății și al președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate au fost considerate abuzive și reglementate cu exces de putere „din perspectiva înfrângerii echilibrului între interesele celor două părți contractante, prin impunerea unei sancțiuni nediferențiate în funcție de gravitatea faptei, fără nicio justificare rezonabilă”. Astfel, H.G. nr. 400/2014 stabilea, printre altele, că raporturile dintre furnizorii de servicii medicale și casele de asigurări de sănătate se desfășoară pe bază de contract, și că nerespectarea obligațiilor contractuale conduce la aplicarea măsurilor prevăzute în contractele încheiate între furnizori și casele de asigurare. În speță, pentru nerespectarea obligației sale de a introduce în sistemul informatic toate prescripțiile medicale electronice prescrise off-line și prescripțiile medicale cu regim special unic pe țară pentru prescrierea substanțelor și preparatelor stupefiante și psihotrope, în termen de maximum 30 de zile calendaristice de la data prescrierii, spitalul reclamant a fost sancționat cu diminuarea cu 10% a întregii valori lunare de contract, sancțiune aplicată în virtutea art. 102 alin. (3) din actul normativ citat, potrivit căruia: „a) la prima constatare se diminuează cu 10% valoarea lunară de contract, pentru luna în care s-a produs această situație; b) la a doua constatare și la următoarele constatări după aceasta, se diminuează cu 20% valoarea lunară de contract, pentru luna în care s-a produs această situație”.

Analizând sancțiunea aplicată reclamantului, judecătorii ÎCCJ au considerat, la rândul lor, că aceasta nu a fost proporțională cu scopul legitim urmărit, din perspectiva relației existente între interesele celor două părți contractante, între interesul general și cel individual. Ei au reiterat că „obiectivele care privesc interesul general al statului de a asigura înregistrarea în sistemul informativ a tuturor prescripțiilor medicale electronice prescrise off-line, în termen de 30 de zile, pentru a se putea determina consumul centralizat în

²⁴ În speță, art. 102 alin. (3) lit. a) din Anexa nr. 2 a H.G. nr. 400/2014 pentru aprobarea pachetelor de servicii și a Contractului-cadru care reglementează condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2014-2015, și dispozițiile art. 8 alin. (3) lit. a) din Anexa nr. 26 a Ordinului nr. 338/186/2015 al Ministerului Sănătății și al Președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare în anul 2015 a H.G. nr. 400/2014 pentru aprobarea pachetelor de servicii și a Contractului-cadru care reglementează condițiile acordării asistenței medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2014-2015.

vederea calculării taxei *clawback*, descurajarea practicii de nerespectare a contractului cadru și, în final, protejarea Fondului național unic de asigurări sociale de sănătate, trebuie realizate cu echilibru, în balanță fiind și drepturile și interesele legitime ale persoanelor susceptibile de a fi sancționate”. În continuarea raționamentului lor, judecătorii au arătat că dispoziția sancționatorie criticată „consacră un dezechilibru între aceste interese concurente”. De altfel, dezechilibrul a fost constatat inclusiv de emitent, care a revizuit sancțiunile “aplicabile furnizorilor aflați în relație contractuală cu casele de asigurări de sănătate, coroborând nivelul sancțiunii cu gravitatea nerespectării de către aceștia a unor obligații”. Într-adevăr, dispozițiile sancționatorii ale H.G. nr. 400/2014 au avut aplicabilitate doar în anul 2015, prin H.G. nr. 432/2016 acestea fiind modificate în sensul aplicării graduale a sancțiunilor: „a) la prima constatare, avertisment scris; b) la a doua constatare se diminuează cu 1% valoarea lunară de contract, pentru luna în care s-a produs această situație; c) la a treia constatare și la următoarele constatări după aceasta, se diminuează cu 3% valoarea lunară de contract, pentru luna în care s-a produs această situație”.

Independent de exemplul concret al situației reclamantului, judecătorii Înaltei Curți au constatat absența oricărui „criteriu de coroborare a nivelului sancțiunii cu gravitatea nerespectării obligației impuse în cadrul fiecărei constatări” din actul normativ criticat, cu consecința imposibilității individualizării sancțiunii în raport cu gravitatea concretă a faptei. În acest context, ei au subliniat că orice autoritate națională este obligată să adapteze sancțiunea la particularitățile fiecărei spețe, ținând seama de criteriile obiective cum ar fi gravitatea și durata încălcării, eventualele circumstanțe agravante și atenuante, pentru a garanta caracterul efectiv, disuasiv și proporțional al sancțiunii.

Continuându-și raționamentul, judecătorii au concluzionat că principiul proporționalității supune orice măsură luată de autoritățile publice unui triplu test: să fie adecvată (capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului), să fie necesară (indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și proporțională) și să respecte justul echilibru între interesele concrete pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit. Totodată, au remarcat vocația principiului proporționalității de a „impune obligații atât în sarcina legiuitorului (aici, emitentului actului normativ) cât și în sarcina organelor de aplicare a sancțiunii și instanțelor judecătorești”.

Dacă aceste realități ale principiului proporționalității sunt deja familiare juriștilor interesați de domeniul dreptului administrativ, nu același lucru se poate afirma despre perspectivele conturării principiului pe cale jurisprudențială. Intensitatea controlului jurisdicțional *in abstracto* și *in concreto* asupra actelor administrative din perspectiva respectării cerințelor proporționalității este încă o necunoscută. La fel de greu de anticipat, dar totodată promițător, pare a fi impactul pe care acest principiu l-ar putea produce nu numai „în avalul” emiterii/adoptării actelor administrative, în contextul controlului judecătoreesc exercitat asupra acestora, ci și „în amonte”, în cadrul verificărilor ocazionate de procedura prealabilă sau chiar anterior, în etapa îndeplinirii anumitor formalități procedurale anterioare ori concomitente emiterii/adoptării actelor administrative.

II.

Răspuns

Reply

*Conf. univ. dr. Alin Trăilescu**

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

a) În general, principiul proporționalității este cunoscut ca având un rol de „reglare” a relațiilor sociale, fiind indisolubil legat de valori morale fundamentale, precum adevărul, dreptatea, armonia și echilibrul, la polul opus aflându-se nedreptatea (injustiția), haosul sau violență.

b) În particular, în domeniile rezervate științelor juridice, principiul proporționalității este recunoscut ca fiind un principiu de bază al dreptului, fiind consacrat legal și jurisprudențial, atât la nivel european, cât și la nivel național.

b1) Astfel, la nivelul Uniunii Europene, art. 5 din Protocolul nr. 2 la TFUE prevede că „(...) orice obligație, financiară sau administrativă, care revine Uniunii, guvernelor naționale, autorităților regionale sau locale, operatorilor economici și cetățenilor să fie cât mai redusă posibil și proporțională cu obiectivul urmărit”, sens în care „Proiectele de acte legislative se motivează (...) și ar trebui să cuprindă o fișă detaliată care să permită evaluarea conformității cu principiile subsidiarității și proporționalității (...)” precum și „evaluarea impactului financiar al proiectului în cauză (...)”.

De asemenea, art. 52 alin. (1) din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene prevede că „Orice restrângere a exercițiului drepturilor și libertăților recunoscute prin prezenta carte trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța acestor drepturi și libertăți. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse restrângeri numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți”.

În sensul acestor reglementări, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat că principiul proporționalității presupune ca orice ingerință în drepturile cetățenilor să fie prevăzută de lege, în interes public, și să asigure un just echilibru între cerințele de interes general ale comunității și cerințele privind protecția drepturilor fundamentale ale persoanei, astfel încât sarcina impusă persoanei să nu fie excesivă și disproporționată¹.

* alin.trailescu@e-uvt.ro.

¹ Hotărârea din 5 ianuarie 2000 pronunțată în cauza *Beyeler c. Italia*, pct. 107; Hotărârea din 16 iulie 2014 pronunțată în cauza *Ališić și alții c. Bosnia și Herțegovina, Croația, Serbia, Slovenia și Fosta Republică Iugoslavă și Macedonia*, pct. 108, www.hudoc.echr.coe.int.

În mod similar, Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat că principiului proporționalității impune să nu se depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar pentru realizarea obiectivelor publice, legitime, subliniind că, atunci când este posibilă alegerea între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, astfel încât inconveniente să nu fie disproporționate în raport cu scopurile vizate².

b2) Racordându-ne la valorile democratice europene, principiul proporționalității este consacrat și garantat la nivel național de art. 53 din Constituție care statuează că: „(1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. (2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății”.

Astfel, principiul proporționalității se circumscrie principiului securității juridice care se desprinde din prevederile art. 1 alin. (3) din Constituție potrivit căroră: „România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme (...) și sunt garantate”.

Întrucât este de importanță majoră, și Codul administrativ face referire expresă la principiul proporționalității, pe care îl califică drept un principiu general aplicabil administrației publice. În acest sens, art. 9 C. adm. prevede că: „Formele de activitate ale autorităților administrației publice trebuie să fie corespunzătoare satisfacerii unui interes public, precum și echilibrate din punctul de vedere al efectelor asupra persoanelor. Reglementările sau măsurile autorităților și instituțiilor administrației publice sunt inițiate, adoptate, emise, după caz, numai în urma evaluării nevoilor de interes public sau a problemelor, după caz, a riscurilor și a impactului soluțiilor propuse”.

Sintetizând aceste reglementări legale, putem afirma că principiul proporționalității presupune evitarea derapajelor din partea autorităților publice și, deci, menținerea unui echilibru și a unui raport just între interesul public și interesul privat al cetățenilor, iar aceste interese nu ar trebui să fie antagonice într-un stat de drept, ci protejate și echilibrate, pe baza unei colaborări și cooperări loiale între autoritățile publice și particulari.

Cu alte cuvinte, prin aplicarea principiului proporționalității se garantează respectarea drepturilor și libertățile cetățenilor în fața exceselor și abuzurilor instituțiilor statului, sens în care, spre pildă, art. 567 alin. (2) C. adm. prevede că răspunderea administrativă este

² Hotărârea din 22 martie 2022, C-117/20, bpost SA împotriva Autorité belge de la concurrence, pct. 48; Hotărârea din 23 martie 2023, C-412/21, Dual Prod S.A. împotriva Direcției Generale Regionale a Finanțelor Publice Cluj-Napoca – Comisia regională pentru autorizarea operatorilor de produse supuse accizelor armonizate, pct. 66; Hotărârea din 4 mai 2023, C-97/21, MV – 98 împotriva Nachalnik na otdel Operativni deynosti, pct. 56.

guvernată de principiul justeții sau proporționalității măsurii, ceea ce înseamnă „corelarea sancțiunii aplicate cu gradul de pericol social al faptei ilicite săvârșite și cu întinderea pagubei, în cazul producerii unei pagube, cu forma de vinovăție constatată, printr-o corectă individualizare”. În mod similar, art. 17 din Anexa nr. 7 la Codul administrativ prevede, în legătură cu răspunderea disciplinară a funcționarilor publici, că activitatea comisiei de disciplină are la bază principiul proporționalității „conform căruia trebuie respectat un raport corect între gravitatea abaterii disciplinare, circumstanțele săvârșirii acesteia și sancțiunea disciplinară propusă să fie aplicată”.

Și în dreptul fiscal, înrudit cu dreptul administrativ, principiul proporționalității este ridicat la rangul principiilor generale de administrare a creanțelor fiscale. Astfel, art. 9 C. pr. fisc. prevede, în mod expres, că organele fiscale trebuie să își exercite dreptul de apreciere în limitele rezonabilității și echității, asigurând o proporție justă între scopul urmărit și mijloacele utilizate pentru atingerea acestuia. În acest sens, art. 9 C. pr. fisc. impune organelor fiscale să utilizeze toate mijloacele de probă prevăzute de lege pentru clarificarea unei situații de fapt fiscale, iar soluțiile pe care le adoptă să fie întemeiate pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare la momentul luării unei decizii administrative, ținând seama și de îndrumările date contribuabililor în cadrul activității de asistență, precum și de deciziile administrative și judiciare date în situații similare.

Așadar, în acord cu legea, principiul proporționalității presupune ca orice măsură de putere publică ce îl vizează pe particular să fie echitabilă și în spiritul dreptății, colaborării, respectului reciproc și buneicredințe. În acest sens, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat că principiul proporționalității presupune ca orice măsură să fie bine adaptată, adecvată, potrivită și studiată pentru a atinge scopul propus³, deci nu arbitrară. Altfel spus, autoritățile publice trebuie să ia măsuri sau să impună restricții doar dacă acestea răspund efectiv unor obiective de interes general urmărite de comunitate și să nu afecteze în mod disproporționat drepturile și interesele legitime ale destinatarului⁴.

c) Indiscutabil că principiul proporționalității trebuie analizat, de la caz la caz, în legătură cu adoptarea unei legi, emiterea unui act administrativ sau cu punerea acestuia în aplicare, iar situațiile care se pot întâlni în practică pot fi dintre cele mai diverse.

Astfel, întrucât intervenția noastră nu are scopul de a face o analiză exhaustivă a acestui principiu, ci doar de a crea o bază pentru discuții, credem că se pot aborda teme de actualitate pe marginea principiului proporționalității, avansând doar câteva dintre acestea. Spre pildă: Care este relația dintre principiul proporționalității, principiul priorității interesului public și principiul stabilității raporturilor juridice? Este just ca legea să reglementeze un tratament mai favorabil autorităților publice în comparație cu particularii ?

De asemenea, pentru a ne referi la situații mai concrete, ne putem întreba: Este posibilă reducerea penalităților pentru neîndeplinirea obligațiilor fiscale prin prisma principiului

³ ICCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 604 din 7 februarie 2023, www.scj.ro.

⁴ ICCJ, Secția de contencios administrativ și fiscal, dec. nr. 2003 din 30 mai 2017, www.scj.ro.

proporționalității? Este echitabilă soluția legiuitorului de a restrânge dreptul de acces la justiție al contribuabilului, impunând acestuia să aștepte 6 luni pentru soluționarea contestației fiscale, astfel încât să poată promova acțiunea în anularea actului administrativ fiscal? Sunt protejate corespunzător drepturile și interesele debitorului în faza executării silită a creanțelor fiscale, în situația în care legea nu îi permite să solicite suspendarea provizorie a executării? Este rezonabil ca persoanei să i se pretindă plata unei cauțiuni semnificative pentru a putea obține suspendarea executării unui act administrativ fiscal? Este rezonabil ca executarea silită a creanțelor fiscale să se facă fără încuviințarea instanței de judecată? Este potrivit ca legiuitorul să nu fixeze o limită maximă pentru impozitarea imobilelor, lăsând această atribuție la aprecierea exclusivă a autorităților publice locale? Este justă sancționarea contribuabililor pentru neîndeplinirea obligațiilor fiscale în situația în care organele fiscale nu îi informează pe aceștia în legătură cu obligațiile care le revin potrivit legii?

Ne putem imagina și alte situații care, în prezent, reprezintă provocări la nivel global din perspectiva principiului proporționalității care, desigur, nu poate fi privit izolat, ci numai în relație cu celelalte principii ale dreptului. Spre exemplu: Ar fi bună o măsură fiscală de impozitare ridicată a autovehiculelor astfel încât statul să descurajeze semnificativ achiziționarea acestora, cu scopul legitim de a proteja mediul înconjurător și sănătatea publică? Ar fi potrivită o măsură a statului de legalizare a drogurilor ușoare în scopul comercializării acestora într-un mediu controlat și reducerii vânzării lor pe piața neagră, în vederea protejării populației?

Fiindcă aceste subiecte sunt de o sensibilitate deosebită, nu ne permitem să avansăm concluzii sau să exprimăm opinii cu valoare de adevăr, însă invităm, prin intermediul acestora, la reflecții și dezbateri.

I.

Reprezentantul bolnavului mintal

The Representative of the Mentally Ill Person

Asist. univ. dr. **Dorin Jorea***

Universitatea „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca

Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: reprezentant, reprezentare, bolnav mintal, tutore, tutelă specială, consiliere judiciară, mandat de ocrotire, reprezentant convențional.

Keywords: representative; representation; mentally ill; guardian: special guardianship, judicial counseling; protection mandate; conventional representative.

Introducere

Om *bolnav și persoană reprezentată juridic*¹. Calificări deopotrivă medicale și juridice, care determină un discurs ce leagă două domenii străine: cel medical și preocupat terapeutic de bolnav și cel juridic, al marilor și micilor consimțăminte. În acest context, reprezentantul juridic al bolnavului mintal devine exponentul unei forțe ce impune dialogul – *cu sau în numele* bolnavului în contexte ce par să depășească domeniul actului juridic.

E însă bolnavul mintal însoțit juridic de un singur reprezentant? Întrebarea poate fi pusă și [numai] în materie civilă, în cazul tutelelor sau a consilierii judiciare [ori a vechii interdicții judecătorești]: poate primi bolnavul mintal mai mult de un singur tutore-reprezentant?²

În aceste pagini ne propunem să urmărim diversele forme de reprezentare în materie civilă dar și sanitară și de ocrotire a drepturilor persoanelor cu handicap. Să descoperim și să indicăm dacă cei denumiți legal ca „reprezentanți” ai bolnavului mintal nu sunt, contrar așteptărilor, investiți [și cu sau doar] cu alte atribuții pe lângă puterea de a reprezenta persoana la încheierea actelor juridice.

* dorin.jorea@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-7054-392X>.

¹ Nu e cazul să ne întrebăm acum de ce Dreptul creează pentru bolnavul mintal un drept subiectiv de a avea un reprezentant juridic. Punctăm doar că acest drept subiectiv e conferit în cadrul regulilor care vizează ocrotirea juridică a persoanei împotriva incertitudinii interacțiunilor sale cu ceilalți în contextul în care fiecare individ liber e văzut ca apărător doar al propriilor interese juridice.

² Nu ne propunem să tranșăm aici discuția despre unicitatea tutorelui-reprezentant, fiind o temă ce merită propria ei analiză. Punctăm doar că regimurile de ocrotire a majorului au generat și generează în legislația noastră mai multe organe orientate înspre atingerea dezideratului legislativ al protecției și că aceste organe sunt construite azi în jurul judecătorului – singurul gardian al respectării legii. Deci pluralitatea de organe de ocrotire există și e o realitate juridică de necontestat. Interesul nostru e mai curând axat în jurul celor denumiți „reprezentanți” pentru a observa dacă sunt sau nu veritabili reprezentanți și dacă reprezintă împreună sau separat bolnavul mintal.

Nu în ultimul rând, să verificăm dacă reprezentanții bolnavului mintal acționează individual sau colectiv, sau dacă pot exista simultan mai mulți reprezentanți care să acționeze în același domeniu și dacă da, să ne întrebăm cum am putea schița pașii pentru o analiză a modului de soluționare a eventualelor conflicte reieșite din neînțelegerile în exercițiul puterii de reprezentare. Dacă domeniile diferite determină reprezentanți diferiți, puțin interesează interacțiunea sau conlucrarea dintre aceștia cât timp actele pe care vor să le încheie aceștia nu sunt la rândul lor mixte³. Cazuistica juridică se va genera însă în contextul actelor mixte și a unor reprezentanți investiți să reprezinte în același domeniu, simultan, același reprezentat. Aici, instanța de tutelă trebuie să își asume integral rolul și să decidă în raport cu principiile care guvernează noile măsuri de ocrotire ale majorului.

Legislația civilă și cea sanitară s-au aflat, în timp, într-o stare de amalgamare din perspectiva reglementărilor reprezentării și asistării bolnavului mintal, De-a valma e și azi. La nivel tehnic, legislația sanitară⁴, dar și cea de promovare a drepturilor persoanelor cu handicap⁵ utilizează termenii de *reprezentant legal* sau de *reprezentant convențional*, mai mult sau mai puțin precis din perspectiva mecanismului clasic-înțeleș al reprezentării juridice.

³ Pentru problematica în dreptul francez contemporan: Raoul-Cormeil Gilles, *La pluralité des organes de protection juridique (cotutelle, cocuratelle, mandat de protection future et cohabilitation familiale)*, Actua-Juridique.fr, 2021.

⁴ Legea nr. 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 589/8 aug. 2002, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652/13 sept. 2012 și rectificată din perspectiva conținutului art. 64, în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 741/11 sept. 2019. dar și Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51/29 ian. 2003 ori Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652/28 aug. 2006.

⁵ Reprezintă noțiunea de „reprezentant legal” o noțiune autonomă în legislația aferentă drepturilor persoanelor cu handicap? Se pare că da întrucât Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap definește noțiunea la art. 5 pct. 26: „reprezentant legal - părintele sau persoana desemnată, potrivit legii, să exercite drepturile și să îndeplinească obligațiile față de persoana cu handicap;”. Observăm: părintele poate fi reprezentant legal, în sensul legii, indiferent dacă persoana este minoră sau majoră – cât timp, conform legii, nu se desemnează o altă persoană care să reprezinte persoana cu handicap. Reprezentarea e în vederea exercitării drepturilor – [prin încheierea de acte juridice] însă nu vizează urmărirea creanțelor statului sau ale terților față de persoana cu handicap ci reprezentantul legal e „...persoana desemnată [...] să îndeplinească obligațiile față de persoana cu handicap”, deci reprezintă statul? Puterile reprezentantului nu sunt doar de reprezentare ci de asistare: Ele sunt adesea partajate cu persoana cu handicap și familia [în ceea ce privește decidera formei de învățământ – art. 15 alin. (3) Legea nr. 448/2006 sau a orientării profesionale – art. 73 alin. (2) Legea nr. 448/2006]; cu părintele și organizații „neguvernamentale” [sic!] al căror membru este persoana cu handicap [în ceea ce privește asistarea în fața instanței a persoanei cu handicap – art. 25 alin. (6) Legea nr. 448/2006]; cu persoana cu handicap, familia, asistentul personal, asistentul personal profesionist, organizațiile „neguvernamentale” [sic!] al căror membru este persoana cu handicap [cererile de acordare a serviciilor sociale – art. 31 alin. (3) Legea nr. 448/2006]; părinții copilului cu handicap grav, persoana sau familia care a primit în plasament un copil cu handicap grav, adulții cu handicap grav, mai puțin vizual [pentru actul de opțiune între asistentul personal și indemnizația lunară – art. 42.alin. (4) Legea nr. 448/2006]. Această alternanță continuă în normele metodologice de punere în aplicare a legii: Guvernul României, Norme metodologice din 2007 de aplicare a prevederilor Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 233/4 april. 2007.

Legislația sanitară a fost și este, din perspectiva noastră, imprecisă tehnic și terminologic: a organizat măsuri de reprezentare cu privire la bunuri (administrarea provizorie), desemnează reprezentanți „legali” pe cei indicați prin act autentic de pacient, impune transferul atribuțiilor reprezentantului convențional în sarcina tutorelui interzisului legal pe care îl identifică ca fiind un „reprezentant legal”, instituie mecanismul asistării pentru cei investiți cu puterea de reprezentare sau creează reprezentanți fără putere de reprezentare doar pentru a-i desemna subiecți ai informării cu privire la starea de sănătate a bolnavului, nu e actualizată și corelată cu noile măsuri de ocrotire din Legea nr. 140/2022 etc.

Am ales să expunem trei mecanisme juridice în cadrul cărora clasicele reguli ale reprezentării îmbracă forme dintre cele mai variate: [1] *administrarea provizorie*, [2] *reprezentarea convențională cu privire la actele medicale* ale persoanei cu tulburări psihice – de unde și noțiunea de „reprezentant personal/convențional” – și [3] mandatul de ocrotire văzut în interacțiunea dintre mandatarul desemnat și reprezentantul din legea sănătății mintale⁶.

Administrarea provizorie – un caz de reprezentare judiciară pentru persoane capabile

Uitat de civilizții de azi, mecanismul administrării provizorii, reglementat începând cu 1894 în Regatul României – de la acea dată – prin *legea asupra alienațiilor*⁷ a fost imaginat ca un regim de reprezentare a persoanelor internate în ospicii și pentru care nu fusese dispusă măsura interdicției judecătorești⁸. Administrarea provizorie a fost croită ca o măsură de provizorat, dar ca alternativă a lipsei interdicției judecătorești, zisul administrator provizoriu putând încheia nu doar acte de administrare, ci chiar de dispoziție asupra bunurilor celui internat. Scopul? poate plata cheltuielilor medicale, poate administrarea averii internatului în ton cu preferințele familiei. Un regim de reprezentare reglementat legal – altul decât cel instituit prin interdicția judecătorească – ce s-a regăsit tumultuos în ființă până la abrogarea expresă a întregii legi a alienațiilor [abia] în 1980⁹. A dispărut, ulterior intrării în vigoare a Codului familiei, administrarea provizorie fiindcă a fost înlocuită de regulile curatei generale sau a celei speciale a celui pentru care s-a cerut interdicția în intervalul 1954-1980? Ce ia azi locul administratorului provizoriu de odinioară? Rămân întrebări la care putem singuri să aflăm un răspuns. Între administratorul provizoriu și

⁶ A nu se confunda cu viitoarea ocupație a „reprezentantului personal” preconizată de Legea nr. 140/2022 și inventată – probabil – de cei ce nu au citit legea sănătății mintale, întrucât confuzia terminologică va da mereu cu virgulă.

⁷ *Legea asupra alienațiilor*, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 203/15 dec. 1894 consultat, în extrasul neoficial, publicat în: Alina Ioana Șuta *et al.*, *Legislația sanitară în România modernă (1874–1910)*, Presa Universitară Clujeană, Cluj-Napoca, 2009, pp. 195-201. Aceasta era însoțită de un regulament de punere în aplicare: Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 124/13 noi. 1896, consultat, în extras neoficial, publicat în: *idem*, pp. 539-551 deși lucrarea citată indică Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 179/13 noi. 1896 [sic!].

⁸ Matei B. Cantacuzino, Gabriela Bucur, Marian Florescu (dir.), *Elementele dreptului civil*, All Educational, 1998, p. 94, p. 176 unde se prezintă, foarte pe scurt, regulile aplicabile administrării provizorii.

⁹ Prin art. 36 din Decretul nr. 313/1980 privind asistența bolnavilor psihici periculoși, B. Of. nr. 83/16 oct. 1980.

tutorele interzisului nu se poate semnală decât o succesiune a puterii de reprezentare, cei doi neavând cum să acționeze simultan, puterile unuia încetând în cazul numirii celui alt.

Ce e de semnalat în legislația actuală? Că un model similar, de numire a unui reprezentant judiciar unei persoane capabile, e prezent. Temporar și până la soluționarea cererii de instituire a unei măsuri civile de ocrotire, legea permite instanței să numească un reprezentant judiciar denumit acum *curator special*. Acesta e investit cu puterea de a reprezenta și administra bunurile celui a cărui ocrotire se cere¹⁰ căci curatorului special numit în acest scop i se recunosc legal drepturile/puterile și obligațiile/îndatoririle tutorelui¹¹. Care tutore? O normă complicat de înțeles de la modificarea Codului civil prin Legea nr. 140/2022 care denumește „tutore¹²” și pe cel ce reprezintă persoana în cazul tutelei speciale și pe cel ce doar o asistă – în cazul consilierii judiciare. Rămâne de văzut cum se vor raporta instanțele la aceste două articole devenite cel puțin problematic de corelat¹³. Și azi însă avem o ipoteză a succesiunii în puterea de reprezentare între *curatorul special* și veritabilul *tutore* care va fi revoit să preia o administrare deja începută și să execute – dacă e cazul – o serie de acte încheiate în numele ocrotitului de *curatorul special* după cum noul reprezentant va fi dator să angajeze răspunderea curatorului special în cazul în care acesta din urmă a exercitat defectuos sarcinile atribuite lui și a cauzat prejudicii persoanei ocrotite.

Reprezentanții bolnavului în legislația sanitară

Reprezentarea bolnavului: „persoanele de încredere”, „reprezentantul legal” sau „reprezentantul convențional”?

Inspirat de legislația anglo-saxonă¹⁴, o *persoană de încredere* apare reglementată la începutul anilor 2000 atât în legislația franceză cât și în cea belgiană¹⁵ sub denumirea de

¹⁰ Art. 167 C. civ.

¹¹ Art. 186 C. civ.

¹² A se vedea: art. 170 C. civ.: „Prin hotărârea prin care a fost luată măsura de ocrotire, instanța de tutelă numește persoana care va exercita funcția de tutore de la data rămânerii definitive a hotărârii...”

¹³ Art. 167 și 186 C. civ.

¹⁴ Afirmația se desprinde din pasajul lui Louis René din comentariul Codului de deontologie medicală [francez], apud. Comité Consultatif National d'Éthique, *Avis 58 Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, (1998-06-12), p. 19, online: <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis058.pdf>. Acest din urmă comitet a propus introducerea în legislația franceză a posibilității pacientului de a desemna un reprezentant/mandatar/respondent ca interlocutor al medicilor în situațiile în care pacientul este în afara posibilității exprimării propriilor alegeri. Ce era de dezbătut din punct de vedere etic, în 1998, era rolul acestui reprezentant (consultativ sau de reprezentare). Totodată, în cazul minorilor și majorilor ocrotiți reglementarea necesita mai multă atenție. „*Les questions: 'jusqu'ou le représentant légal désigné par la société peut-il décider à la place de son protégé ?' et: 'jusqu'ou le médecin peut-il se substituer au représentant légal ?' restent controversées.*” *Ibidem*, p. 21.

¹⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2002/08/22/2002022737/moniteur>. Această lege creează două roluri diferite: cel de „*personne de confiance*” (art. 7 § 2, art. 9 § 2, § 3) și cel de „*mandataire désigné par le patient*”. Doar mandatarul poate lua decizii în numele pacientului major care nu e sub o măsură de ocrotire (art. 14 § 1).

„*personne de confiance*”. În Belgia, mandatarul și persoana de încredere îndeplinesc roluri distincte cu privire la drepturile pacientului, în Franța¹⁶ persoana de încredere le cumulează.

În România, mai multe legi sanitare instituie „reprezentanți legali” pacienților. Prima datează din 2002 fiind Legea nr. 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice¹⁷ ce a reglementat rolul *representantului personal* a persoanei cu tulburări psihice [asupra căruia vom reveni mai jos].

Reglementarea a fost urmată de Legea nr. 46/2003¹⁸ care a sistematizat reprezentanții pacientului grupându-i în categoria „reprezentanților legali” unde eterogen și inexact îi plasează și pe reprezentantul desemnat prin act autentic notarial precum și pe tutore¹⁹. Totodată, legea permite luarea în considerare a dorinței pacientului astfel încât o anumită categorie de persoane să fie doar informate cu privire la starea sa de sănătate și să aibă

¹⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, ce a modificat și introdus în *Code de la santé publique* art. 1111-6 ce permite desemnarea unei persoane de încredere. Actualmente, textul statuează: „*Toute personne majeure peut désigner une personne de [...] qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. [...] Si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.*”

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, ou dans un hôpital des armées ou à l'Institution nationale des invalides, il est proposé au patient de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues au présent article. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le patient n'en dispose autrement. [...] Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure protection juridique avec représentation relative à la personne, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer”.

¹⁷ Legea nr. 487/2002 a sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 589/8 aug. 2002, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652/13 sept. 2012 și rectificată din perspectiva conținutului art. 64, în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 741/11 sep. 2019. A cunoscut norme metodologice prin: Ordinul nr. 372/2006 Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 373/2 mai 2006: Ordin privind Normele de aplicare a Legii sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice nr. 487/2002. Ordinul a fost abrogat și înlocuit de Ordinul nr. 488/2016: Ordin pentru aprobarea Normelor de aplicare a Legii sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice nr. 487/2002, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 340/4 mai 2016 pp. 8-16, actualmente în vigoare.

¹⁸ Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51/29 ian. 2003.

¹⁹ Legea nr. 46/2003, ce la art. 1 alin. f), indică că în sensul acestei reglementări, „prin reprezentant legal se înțelege soțul/soția, copiii, părinții sau celelalte rude până la gradul al IV-lea ale pacientului, **tutorele, precum și orice persoană cu vârsta de minimum 18 ani împliniți pe care pacientul o desemnează în acest scop prin declarație încheiată în formă autentică**, care se înregistrează în Registrul național notarial de evidență a procurilor și revocărilor acestora și care va cuprinde drepturile prevăzute de lege ce pot fi exercitate de reprezentant.” Din expunerea de motive a inițiatorului Legii nr. 85/2019, lege care a introdus posibilitatea desemnării unui reprezentant desemnat prin declarație notarială se desprinde ideea că scopul acestuia e acela de a acoperi situațiile de concubinaj, a se vedea: Diana-Adriana Tușa, *Expunere de motive a proiectului de lege pentru modificarea și completarea art. 1 din Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului*, online: <https://www.cdep.ro/proiecte/2019/100/60/4/em220.pdf>.

acces la dosarul său medical²⁰ – deci recunoaște o categorie de împuterniciți ce au doar dreptul de a fi informați.

Reținem că pacientul major și cu capacitate de exercițiu este cel care își exercită personal drepturile în relația cu profesioniștii din sistemul medical însă, în cazul în care nu își mai poate exprima consimțământul, deci ca măsură de prevedere, poate desemna un „reprezentant legal²¹” pentru a lua decizii în numele său sau doar de a se informa cu privire la starea sa de sănătate.

Un model hibrid e întâlnit în cazul reprezentantului persoanelor cu tulburări psihice.

„Reprezentantul convențional” – un reprezentant special, atipic, al bolnavului cu tulburări psihice

În ceea ce privește reglementarea din domeniul protecției persoanelor cu tulburări psihice, în urma modificării și republicării Legii nr. 487/2002, din 2012²², denumirea de „reprezentant personal” a fost schimbată „pentru a nu crea confuzii în practică²³” în aceea de „reprezentant convențional”. Astfel a fost introdus art. 38¹ din Legea nr. 487/2002 privind condițiile și procedura de numire, iar prin normele metodologice din 2016 și un formular-cadru privind convenția de reprezentare convențională a pacientului în ceea ce privește *deciziile legate de internare și tratament medical și de exercitare a drepturilor pacientului pe perioada tratamentului pentru afecțiunile psihice*²⁴. Orice model de convenție a lipsit din 2002 până în 2016, nejustificat, de unde bănuim că nu s-a aplicat în practică.

Convenția de reprezentare apare ca fiind specială, distinctă de actul autentic de indicare a unui reprezentant din Legea nr. 46/2003. Act solemn²⁵, dar neautentic, *intuitu personae* și gratuit, iată convenția de reprezentare a bolnavului, pacient cu tulburări psihice! Aceasta permite unicului reprezentant convențional²⁶ să reprezinte sau să asiste persoana cu tulburări psihice. Aceste funcții sunt limitate însă *temporal, material și personal*. *Temporal*, doar la perioada în care persoana cu tulburări psihice are dificultăți în a aprecia implicațiile unei decizii asupra ei înseși²⁷. *Material*, doar la *actele medicale ale evaluării, tratării și internării medicale*. *Personal*, în sensul în care *reprezentarea [vizează] doar relația*

²⁰ A se vedea și: Ministerul Sănătății, Norma din 2016 de aplicare a Legii drepturilor pacientului nr. 46/2003, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1009/15 dec. 2016, art. 11 și anexele 5 și 6 ce vin în completarea art. 24 din Legea nr. 46/2003 ce dispune că „Pacientul are dreptul de a desemna, printr-un acord consemnat în anexa la foaia de observație clinică generală, o persoană care să aibă acces deplin, atât în timpul vieții pacientului, cât și după decesul pacientului, la informațiile cu caracter confidențial din foaia de observație”.

²¹ Art. 662, 681, 692³ alin. (5), 692⁷ din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652/28 aug. 2006 detaliază, la rândul ei, situațiile în care e necesar acordul unui reprezentant legal.

²² Legea nr. 487/2002 republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652/13 sept. 2012.

²³ Guvernul României, PL-x nr. 30/2011/Expunere de motive a proiectului de lege privind modificarea și completarea Legii nr. 487/2002, sec. „Schimbări preconizate”, online: <https://www.cdep.ro/proiecte/2011/000/30/0/em30.pdf>.

²⁴ E vorba de anexa 5 din Ordinul nr. 448/2016.

²⁵ Art. 45 alin. (4) din Legea nr. 487/2002.

²⁶ Art. 45 alin. (4) lit. a) din Legea nr. 487/2002.

²⁷ Art. 45 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 487/2002.

cu conducerea spitalului și organele judiciare, în timp ce tehnica *asistării* - din partea reprezentantului convențional – s-ar extinde față de orice persoane care interferează cu obiectul reprezentării. Reprezentantul convențional nu e doar reprezentant, ci e și ocrotitor în același timp, persoană de încredere a bolnavului, iar prezența sa nu e necesară decât în situațiile în care bolnavul mintal e în interstițiul dintre deplinătatea sănătății și pierderea *capacității psihice*.

Reprezentantul convențional poate fi înlocuit oricând, *ad mutum*. la cererea persoanei reprezentate care are capacitate de exercițiu și capacitate psihică [dacă starea sănătății sale o permite²⁸]; la externarea pacientului, chiar dacă tratamentul său continuă²⁹. El poate fi înlocuit și în cazul unui conflict de interese trecător³⁰. Acest motiv de înlocuire indică natura convenției de reprezentare a persoanei cu tulburări psihice ce apare ca un act încheiat *la nevoie*, incompatibil cu amenajarea – în avans – a unei protecții viitoare în domeniu medical și juridic al persoanei.

Reprezentarea convențională e incompatibilă cu o formă de reprezentare legală a persoanei lipsite de capacitate de exercițiu³¹ - motiv pentru care reprezentantul convențional e luat în considerare, în nextele legii, doar dacă nu există un „reprezentantul legal³²”. De asemenea, în cazul celor cu capacitate de exercițiu, dacă nu a fost instituită o măsură de ocrotire care determină numirea unui reprezentant legal înaintea pierderii capacității psihice, iar persoana nu a desemnat un reprezentant convențional [conform dispozițiilor din legea sănătății mintale], unitatea sanitară va sesiza autoritatea tutelară [sic!] – în cazul majorului – în vederea instituirii unei măsuri de ocrotire³³.

Funcțiile reprezentantului personal/convențional

Acestea pot fi grupate în funcție de exprimarea consimțământului persoanei în legătură cu trei mari domenii de acțiune a reprezentantului: [1] evaluarea sănătății mintale, [2] alcătuirea și aplicarea planului terapeutic și [3] internarea bolnavului mintal.

Fără a coopta reprezentantul convențional în luarea deciziilor medicale, legislația națională grupează „drepturile³⁴” reprezentantului în contextul a doi poli: **(i)** persoana

²⁸ Art. 45 alin. (7) lit. b) din Legea nr. 48/2002.

²⁹ Art. 45 alin. (7) lit. d) din Legea nr. 48/2002.

³⁰ Art. 31 din Legea nr. 48/2002.

³¹ Art. 45 alin. (7) lit. a) din Legea nr. 48/2002.

³² Art. 5 alin. lit. m) din Legea nr. 48/2002 se străduie să indice că „prin reprezentant legal se înțelege persoana desemnată, conform legislației în vigoare, pentru a reprezenta interesele unei persoane cu tulburări psihice”. Pentru comparație, cf. art. 5 lit. n) din Legea nr. 48/2002 „prin reprezentant convențional se înțelege persoana care acceptă să asiste sau să reprezinte interesele unei persoane cu tulburări psihice, în condițiile art. 45 alin. (1)”.

³³ Art. 45 alin. (10) Legea nr. 48/2002. Textul e necorelat cu situația normativă actuală, autoritatea tutelară neputând decât investi instanța de tutelă cu o cerere de instituire a unei măsuri de ocrotire.

³⁴ Pentru distincția dintre putere și drepturi subiective, în contextul reprezentării: Valeriu Stoica, *Despre puterea de reprezentare*, în Revista română de drept privat nr. 2/2019, pp. 29-34. Confuzia terminologică din legea sănătății mintale e însoțită și de melanjul de atribuții pe care reprezentantul le are, distinct de puterea sa de reprezentare. Astfel el e văzut ca lipsit de puterea de reprezentare în contextul în care e chemat doar să asiste sau e imaginat doar ca titular al unui drept de a fi informat.

reprezentatului, respectiv (ii) conducerea spitalului de psihiatrie și organele legale. În ceea ce privește persoana cu tulburări psihice, reprezentantul convențional exercită o funcție de asistare limitată la deciziile medicale aferente celor trei domenii amintite³⁵. Acesta are posibilitatea de a reprezenta pacientul consimțind sau retrăgând consimțământul, în numele acestuia, cu privire la implementarea planului terapeutic [inclusiv încetarea oricărui tratament³⁶]. El are posibilitatea de a se plânga unității medicale în numele reprezentatului³⁷, de a retrage consimțământul la internare dat de pacientul internat voluntar³⁸ de a asista persoana pacientului în fața judecătorei în cazul procedurii de confirmare a internării nevoluntare³⁹ precum și dreptul de a fi informat cu privire la măsurile medicale dispuse pentru pacient.

Dintr-o posibilitate, din 2012, asistarea a devenit o îndatorire în cazul evaluării stării de sănătate⁴⁰ în cazul în care persoana evaluată are dificultăți în a aprecia implicațiile deciziei asupra ei înseși. Metodologia și raportul de evaluare medicală și psihosocială a persoanelor cu dizabilități intelectuale și psihosociale în contextul dispunerii, prelungirii, înlocuirii sau ridicării măsurii de ocrotire⁴¹ nu amintesc de asistarea celui evaluat, deși credem că această problematică ar trebui mai bine corelată normativ. Iată un motiv de reflecție: există vreo sancțiune în lipsa asistării în evaluarea stării de sănătate? Articolul 69 din Legea nr. 487/2002 nu ne lămurește îndeajuns⁴². În tot acest timp, dacă persoana pentru care se cere instituirea unei măsuri de ocrotire refuză să se supună măsurii de evaluare, consimțământul persoanei evaluate pare să nu mai conteze, instanța putând ordona prezentarea sa cu mandat de aducere în scopul evaluării⁴³, evaluare care poate avea loc și în tăcerea celui evaluat? Oricum, cel a cărui ocrotire se cere poate fi asistat de o persoană de încredere⁴⁴ – termen care ar trebui privit și tehnic ca făcând trimitere la *reprezentantul convențional* deja

³⁵ Art. 11 Legea nr. 487/2002 ce prevede dreptul pacientului de a fi asistat de reprezentantul convențional la exprimarea consimțământului aferent evaluării sănătății mintale: „Evaluarea sănătății mintale se face cu consimțământul liber, informat și documentat al persoanei, cu excepția situațiilor specifice, stabilite de lege, când persoana evaluată are dificultăți în a aprecia implicațiile unei decizii asupra ei înseși, situații în care persoana evaluată trebuie să beneficieze de asistența **reprezentantului legal** sau **convențional**.”

³⁶ Art. 29 alin. (1) Legea nr. 487/2002 privind asistarea la exprimarea consimțământului la alcătuirea și punerea în aplicare a programului terapeutic sau să îl reprezinte pe acesta în cazul lipsei capacității psihice a pacientului – interpretarea art. 29 alin. (2) lit. b) și alin. (3) din Legea nr. 487/2002; art. 30 din Legea nr. 487/2002 pentru reprezentarea la retragerea consimțământului în aplicarea unui tratament.

³⁷ Art. 34 din Legea nr. 487/2002; art. 14 din normele metodologice din 2016.

³⁸ Art. 6 alin. (3) norme din 2016.

³⁹ Art. 62 din Legea nr. 487/2002, putând chiar declara recurs împotriva acesteia.

⁴⁰ Art. 11 din Legea nr. 487/2002 în compararea formelor sale în timp.

⁴¹ Ministerul Sănătății, Ministerul Muncii, Ministerul Muncii și Solidarității Sociale, Ordin nr. 3423/2128/2022 privind aprobarea metodologiei și a raportului de evaluare medicală și psihosocială a persoanelor cu dizabilități intelectuale și psihosociale în contextul dispunerii, prelungirii, înlocuirii sau ridicării măsurii de ocrotire, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1128/23 nov. 2022.

⁴² Art. 69 din Legea nr. 487/2002: „Nerespectarea de către profesioniștii în domeniul sănătății mintale [...] a procedurilor referitoare la obținerea consimțământului [...] atrage, după caz, răspunderea disciplinară, contravențională sau penală, conform prevederilor legale”.

⁴³ Art. 938 alin. (5) C. pr. civ.

⁴⁴ Art. 940 alin. (4) C. pr. civ.

amintit. Va fi de lămurit rolul autorității tutelare în cazul conflictelor de interese⁴⁵ și al instituirii unei măsuri de „reprezentare legală” în cazul pacientului lipsit de discernământ și de ocrotire civilă⁴⁶.

Mandatul de ocrotire și reprezentarea în materie medicală

Ca mecanism de ocrotire convențional, mandatul de ocrotire ar permite crearea unui regim de ocrotire personalizat⁴⁷ pentru persoana cu dizabilități intelectuale și psihosociale ce permite reprezentarea persoanei mandantului în funcție de limitele stabilite prin normele private ale acestuia. Introdus prin Legea nr. 140/2022⁴⁸ de modificare a Codului civil, acesta reprezintă convenția de reprezentare încheiată între mandatar și, în general, mandantul major⁴⁹, convenție ce, după încuviințarea de către instanța de tutelă, generează puterea și regulile necesare reprezentării convenționale. Mandatul de ocrotire nu considerăm că poate institui *per se* un regim de incapacitate dacă luăm în considerare principiul legalității și indisponibilității capacității de exercițiu. De aceea, în lipsa unei limitări exprese a capacității mandantului, o dată cu încuviințarea sa de către instanța de tutelă, mandatul de ocrotire instituie doar puterea de reprezentare de sorginte convențională pentru o persoană ce rămâne în continuare cu capacitate de exercițiu⁵⁰.

⁴⁵ Reglementare expresă în art. 31 din Legea nr. 487/2002.

⁴⁶ Art. 45 alin. (10) din Legea nr. 487/2002.

⁴⁷ „Reformarea mijloacelor de ocrotire de drept civil a persoanei cu dizabilități psihice cuprinde și un instrument care permite configurarea pe cale convențională, în anumite limite, a propriului regim de ocrotire.” Aflăm din expunerea de motive ce a însoțit proiectul de act normativ privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale, p. 4, online: <https://www.senat.ro/legis/PDF/2021/21L541EM.PDF>, arhivă: <https://perma.cc/XW5K-SW5W>.

⁴⁸ Legea nr. 140/2022 privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea și completarea unor acte normative, Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 500/20 mai 2022, în vigoare de la 90 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial, cu excepția dispozițiilor art. 20 alin. (6) teza a III-a și ale art. 23, care au intrat în vigoare la 3 zile de la publicarea acestora; dispozițiile art. 118 alin. (2) și ale art. 170 alin. (3) C. civ., republicată, cu modificările ulterioare, astfel cum au fost reglementate, respectiv modificate prin prezenta lege, vor intra în vigoare la data care va fi prevăzută de legea specială privind *reprezentantul personal*.

⁴⁹ Sau de alții în numele său, în cazul mandatului de ocrotire încheiat pentru ocrotirea altuia de părinți pentru copilul lor minor, de tutorele persoanei minore sau de tutorele persoanei majore plasată sub tutelă specială dacă cel dintâi are calitatea de părinte sau rudă până în gradul II cu cel ocrotit. V.: art. 114 alin. (6) C. civ.

⁵⁰ A se vedea: punctul de vedere exprimat de Consiliul Superior al Magistraturii privind proiectul de lege pentru modificarea și completarea Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedura civilă, precum și a altor acte normative, transmis Ministerului Justiției prin adresa nr. 15770/15.09.2021, pct. 3.14 „Trebuie observat că nici în cazul instituirii sau ridicării măsurii de ocrotire a tutelei speciale, beneficiarul acestei măsuri nu este declarat incapabil/capabil prin hotărârea instanței judecătorești. În cazul măsurilor de ocrotire, restrângerea sau lipsirea de capacitate de exercițiu sunt efectele instituirii măsurilor de ocrotire prin hotărâre judecătorească. De asemenea, nici prin încheierea prin care este încuviințat mandatul de ocrotire nu se constată incapacitatea, motiv pentru care nici în cazul în care au încetat cauzele care au determinat încuviințarea mandatului, instanța nu constată capacitatea mandantului, ci încetarea efectelor mandatului de ocrotire”. În opinia CSM, instanțele nu puteau pronunța acțiuni în constatarea ridicării regimului de incapacitate de exercițiu, întrucât această schimbare a regimului de capacitate de exercițiu operează doar în

Nu în ultimul rând, dacă luăm în considerare conținutul mandatului de ocrotire – care se poate extinde prin norme private și la modul de îngrijire medicală a persoanei mandantului⁵¹ – ne putem gândi la interacțiunea dintre un mandatar ales în baza legii sănătății mintale și mandatarul indicat prin mandatul de ocrotire⁵².

Dacă Legea nr. 487/2002 instituie drept cauză de încetare a convenției de reprezentare instituirea unui reprezentant legal⁵³ ca urmare a „declarației [persoanei] ca fiind lipsită de capacitate de exercițiu”, înseamnă că încuviințarea unei reprezentări convenționale, precum în cazul mandatului de ocrotire, nu va conduce la încetarea de drept a convenției de reprezentare convențională prevăzută de art. 45 din Legea nr. 487/2002.

În ambele cazuri, atât al reprezentantului convențional cât și a mandatului de ocrotire încuviințat fără instituirea unei alte măsuri de ocrotire de către instanță, vom fi, așadar, în prezența unui reprezentări a unei persoane capabile!

Eventualul conflict între convenția de reprezentare a bolnavului mintal și mandatul de ocrotire poate să apară doar în anumite contexte limitate, întrucât niciuna din convenții nu are, de principiu, întâietate asupra celeilalte.

Astfel, condițiile cumulative în care s-ar putea genera o dublare a reprezentanților ar fi reunite doar dacă: 1) mandantul s-ar afla într-o anumită situație particulară⁵⁴ 2) mandatul de ocrotire a fost încuviințat și instanța nu a luat nicio măsură cu privire la reprezentarea în domeniul medical 3) mandatul de ocrotire are un anumit conținut⁵⁵ 4) reprezentantul convențional [din legea sănătății mintale] a fost deja stabilit și a rămas în funcție nedenunțând convenția și nefiind revocat.

Mandatul de ocrotire ar putea să nu acopere domeniul medical, sau dacă ar conține asemenea norme private, să fie generice, iar nu exprese, în domeniile de competență ale reprezentantului convențional din legea sănătății mintale, caz în care reprezentantul convențional va rămâne singurul care poate să reprezinte persoana conform competențelor sale speciale și regulilor din legea sănătății mintale chiar și după încuviințarea mandatului de ocrotire.

Concluzii

Multiplicarea domeniilor în care *reprezentarea* putea fi invocată în luarea deciziilor în numele celui inapt mintal e de notat. Dacă legile de secol XIX⁵⁶ se preocupau de o putere de

temeiul legii. Afirmarea e corectă însă departe de ideea inițiatorilor și a fost preluată ca motiv de modificare a textului proiectului de lege în cadrul comisiei legislative unde nimeni nu a mai semnalat inexactitatea formei rezultante.

⁵¹ Art. 2029² alin. (2) C. civ.

⁵² Se poate pune, evident, și problema dublării prin mandatul de ocrotire a sarcinilor persoanei mandatate prin declarație autentică notarială, conform dispozițiilor Legii nr. 46/2003.

⁵³ Art. 45 alin. (7) coroborat cu alin. (9) Legea nr. 487/2002.

⁵⁴ Să fie lipsit de discernământ și fie în etapa evaluării medicale, fie în cea a tratamentelor medicale în timpul internării voluntare sau nevoluntare.

⁵⁵ Să prevadă expres că reprezentarea se referă și la aspectele de ordin medical însă specializat, să se prevadă expres aspecte ce țin de competența reprezentantului convențional din legea sănătății mintale. A se vedea, *supra*, Funcțiile reprezentantului personal/convențional.

⁵⁶ Vechiul Codice civil, legea asupra alienaților etc.

reprezentare manifestată cu precădere în actele juridice în legătură cu bunurile persoanei, modificările legislative actuale ne țin să observăm că, prin voia legii, regimurile de ocrotire legal sau volițional organizate să extind și la o multitudine de actele ce privesc persoana reprezentată. O extensie a ocrotirii a determinat, așadar, o extensie a domeniilor în care reprezentarea ar fi *necesară*. Aceasta a condus, indirect și la o multiplicare a reprezentanților, a rolurilor ce fie sunt, fie nu, investite cu puterea de a reprezenta în vederea încheierii actelor juridice. Ce avem de învățat e că în vacarmul normativ, termenii nu mai au în sine vocația de a indica atribuțiile, acestea trebuind căutate în regimul juridic concret creat pentru fiecare tip de „reprezentant” în parte.

În cazul bolnavului mintal, am surprins forme diferite de asistare sau de reprezentare – organizate legal sau convențional⁵⁷ – și am încercat să identificăm eventualele focare de conflict dintre „reprezentanți” pentru a putea permite reflecții și elaborarea unor soluții juridice de speță.

II.

Reprezentantul persoanei cu deficiențe intelectuale și psihosociale

The Representative of the Person with Intellectual and Psychosocial Disabilities

*Drd. Sergiu Căileanu**

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

1. Miza discuției. În viața de zi cu zi, problemele de care ne lovim sunt diverse. De cele mai multe ori sunt probleme cotidiene: șicane la locul de muncă, întârzieri în trafic, discuții în contradictoriu cu partenerul de viață, plata / încasarea unor facturi, etc. Uneori, ne lovim însă de așa-numitele probleme „de viață” - situații limită sau, în orice caz, cu o semnificație mult mai aparte asupra vieții noastre decât problemele curente. Și în lumea juridică întâlnim probleme obișnuite și probleme extraordinare. Cele care au în centru patrimoniul persoanei pot fi caracterizate ca fiind obișnuite. Cele care pun în prim plan persoana *în sine* sunt, adesea, extraordinare. Ele devin probleme „de viață”. Dezbaterea propusă aduce în discuție

⁵⁷ Ideea grupării măsurilor de ocrotire în măsuri organizate legal [*tutelle, curatelle, habilitation familiale, les accompagnements sociaux*] și măsuri de ocrotire neorganizate legal [*l'insanité d'esprit, sauvegarde de justice, mandat de protection future*] aparține profesorilor Philippe Malaurie și Nathalie Peterka: Philippe Malaurie, Nathalie Peterka, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 12 (ed.), LGDJ, Paris, 2022.

* sergiu.caileanu@e-uvt.ro.

tocmai modul în care legislatorul român reglementează modalitățile prin care o astfel de problemă se rezolvă. Discuțăm despre o problemă de viață pentru că, odată ce omul nu-și mai poate traduce realitatea înconjurătoare în limbajul sistemului juridic, el nu mai poate fi considerat apt să participe la circuitul juridic. Ceea ce înseamnă că regulile de drept nu-i mai pot fi impuse la fel ca înainte și este nevoie de mecanisme de ajustare pentru a menține acest status quo. Discuția este utilă pentru că, așa cum arată dl. Jorea, există un hățiș de norme în materia reprezentării persoanelor cu dificultăți psihice, al căror raționament nu este de multe ori cel mai inspirat⁵⁸. Subliniez și eu în acest sens nou apăruta Lege nr. 140/2022⁵⁹, despre care în doctrină se afirmă, din ce în ce mai des, că mai mult a complicat situația ocrotirii persoanei fizice decât să-i rezolve problemele⁶⁰.

2. Obiectul discuției. *De lege lata*, noțiunea de persoană cu deficiențe psihice este una difuză. Ceea ce este însă o constantă este că, indiferent de tipul și de gradul acestor deficiențe și indiferent dacă persoana care suferă de acestea este minor sau major⁶¹, aceasta nu se mai poate îngriji în mod corespunzător de propriile sale interese, referitoare la persoana sa și/sau la patrimoniul său. Pe acest fond, intră în discuție reprezentantul ei, văzut de lege ca mijlocul prin care o astfel de persoană poate să participe, în continuare, la circuitul juridic și să-și exercite drepturile. Deși titlul dezbaterii se referă în mod generic la reprezentant, ceea ce ne interesează în fond este construcția juridică a acestei puteri din perspectiva *ocrotitorului*. Acest aspect este esențial pentru că el este cel care configurează puterea de reprezentare în materia pe care o analizăm⁶², fie că este vorba despre un

⁵⁸ Au fost amintite: Legea sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice nr. 487/2002, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652 din 13 Septembrie 2012; Legea drepturilor pacientului nr. 46/2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 51 din 29 Ianuarie 2003; Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652 din 28 August 2015.

⁵⁹ Legea nr. 140/2022 privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea și completarea unor acte normative, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 500 din 20 mai 2022.

⁶⁰ A se vedea în acest sens: A.A. Moise, *Asistența pentru încheierea actelor juridice*, în volumul colectiv R. Constantinovici (coord.), *Ocrotirea majorului*, Ed. Solomon, București, 2023, pp. 46-47; C. C. Botu, *O nuanță de gri: consilierea judiciară*, în R. Constantinovici (coord.), *Ocrotirea majorului...*, op. cit., p. 74. Totuși, legea nu este lipsită de merite. Vezi în acest sens. Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil. Volumul I*, Ed. Hamangiu, București, 2022, pp. 125-126.

⁶¹ Arhitectura mecanismelor de ocrotire diferă totuși în funcție dacă în discuție este un minor sau un major. În prima situație, structura este formată din autoritate părintească și tutelă a minorului. În a doua situație discutăm despre tutela specială, consilierea judiciară, mandatul de ocrotire, asistentul la încheierea actelor juridice etc. Discuția de față interesează situația persoanelor cu capacitate de exercițiu, chiar și într-o formă restrânsă.

⁶² Amintesc cu titlu de exemplu art. 104 alin. (1) C. civ., care prevede că orice măsură de ocrotire a persoanei fizice se stabilește numai în interesul acesteia și alin. (5), care menționează că măsurile de ocrotire sunt dispuse numai în cazul în care instanța apreciază că nu este suficientă pentru apărarea intereselor persoanei ocrotite instituirea măsurii asistenței pentru încheierea actelor juridice, aplicarea regulilor de drept comun în materia reprezentării, a celor referitoare la drepturile și obligațiile soților sau încuviințarea unui mandat de ocrotire încheiat de persoana în cauză. Aceste texte, cu valoare de principiu în domeniul protecției persoanei fizice, trebuie respectate și avute în vedere de reglementările speciale menționate mai sus.

reprezentant legal sau unul convențional, și cred că ne poate ajuta să găsim soluții viabile la problemele ridicate.

3. Primul punct focal. Una dintre aceste probleme vizează situația reprezentantului convențional în contextul suprapunerii legislative apărute după intrarea în vigoare a Legii nr. 140/2022, referitoare la actele necesare pe latură medicală. În concret, este vorba despre modul în care poate fi corelată instituția *mandatului de ocrotire*⁶³ cu cea a *reprezentantului convențional*⁶⁴ prevăzut în legislația sanitară. Discuția este relevantă pentru că cea mai importantă latură a puterii reprezentantului este tocmai interferența sa cu latura medicală. Pe de altă parte, în cazul de față, este chiar premisa instituirii măsurii de ocrotire⁶⁵.

Prevederile mandatului de ocrotire sunt generale și, prin urmare, pot viza latura medicală. În opinia mea, în lipsa unui mandat special anterior, întocmit în baza legii speciale, un mandat de ocrotire dat în termeni generici trebuie interpretat că se referă și la latura medicală. Îmi bazez susținerea pe următorul argument. Art. 2.029⁴ C. civ. prevede că, în cazul în care întinderea mandatului de ocrotire este îndoielnică, acesta se interpretează conform regulilor de la tutela specială a majorului. Or, art. 174 C. civ. prevede că tutorele este dator să îngrijească de cel ocrotit, spre a-i grăbi vindecarea, a-i restaura autonomia, a-i îmbunătăți condițiile de viață și a-i asigura bunăstarea. Cu alte cuvinte, în scopuri circumscrise actelor medicale.

Rămâne însă deschisă posibilitatea unui conflict de drepturi, dacă două persoane diferite, un mandatar ocrotitor și un reprezentant convențional, exhibă puterea de reprezentare pentru același act medical, dar nu se pun de acord. În opinia mea, nu este permis ca un astfel de conflict să subziste, fiindcă s-ar putea ajunge la o vătămare a „dublului” reprezentat, deci la un rezultat contrar scopului oricărei măsuri de ocrotire. Prin urmare, unul trebuie să decidă. În acest sens, putem avea în vedere următoarele soluții: (i) dacă mandatul de ocrotire este ulterior convenției de reprezentare, ar trebui să prevaleze primul. Pe de o parte, pentru că acesta îmbracă forma autentică și este asimilat de lege unei

⁶³ Art. 2.029¹ alin. (1) prima teză C. civ. reglementează *mandatul de ocrotire* ca fiind „cel dat de o persoană cu capacitate de exercițiu deplină pentru situația în care nu ar mai putea să se îngrijească de persoana sa ori să își administreze bunurile”.

⁶⁴ Art. 45 alin. (1) din Legea nr. 487/2002 prevede că „persoana cu capacitate deplină de exercițiu și cu capacitatea psihică păstrată, care urmează a fi supusă unui tratament medical, are dreptul de a desemna, ca reprezentant convențional, o persoană cu capacitate deplină de exercițiu, care să o asiste sau să o reprezinte pe durata tratamentului medical”.

⁶⁵ În mod justificat s-a subliniat că subiectul de față este unul interdisciplinar, aflat la confluența sferelor medicinei și dreptului. Această legătură vizează mai multe paliere: (i) în primul rând, reprezentantul va fi numit doar în acele situații în care reprezentantul se află într-o anumită condiție medicală, care va fi stabilită folosind instrumentarul medicinei; (ii) în al doilea rând, întinderea temporală a funcției reprezentantului este limitată la perioada în care există o astfel de condiție medicală; (iii) în al treilea rând, măsura de ocrotire și întinderea puterilor reprezentantului sunt aspecte stabilite prin raportare la severitatea afecțiunii psihice, care va fi stabilită tot de medic. De multe ori, această legătură se concretizează sub forma rapoartelor de evaluare medicală și psihologică.

tutele speciale, pe de altă parte pentru că este actul juridic ulterior; (ii) dacă convenția de reprezentare este ulterioară mandatului, va prevala convenția, acesta fiind un mandat special emis ulterior mandatului de ocrotire, putându-se considera că a operat o revocare parțială tacită a mandatului de ocrotire⁶⁶, cu precizarea că, la momentul încheierii convenției, nu trebuie ca mandatul de ocrotire să fi devenit deja eficace, pentru că asta ar pre-supune ca cel ocrotit să fie deja lipsit de capacitate de exercițiu. Pe de altă parte, deși soluția nu este infailibilă, unei astfel de convenții ar trebui să i se recunoască efecte juridice și din perspectiva scopului măsurilor pe care le discutăm, respectiv ocrotirea persoanei reprezentatului.

Al doilea punct focal. Chestiunea discutată mai sus este un bun exemplu al problematicii existente la nivel general în acest domeniu. Așa cum s-a arătat deja, într-o astfel de legislație stufoasă se va pune problema identificării „reprezentantului.” Fără a avea pretenția unui răspuns exhaustiv, din punctul meu de vedere, pot fi luate în considerare următoarele aspecte: (i) atunci când asupra persoanei ocrotite, a re-reprezentatului, a fost dispusă o măsură de ocrotire propriu-zisă⁶⁷, aceasta trebuie să primeze, context în care reprezentant va fi persoana numită să exercite această funcție de către instanța de tutelă; odată ce a fost instituită această măsură, în funcție de restrângerea concretă⁶⁸ pe care o aduce capacității de exercițiu al celui ocrotit, va trebui cercetat de la caz la caz în ce măsură acesta putea desemna un alt reprezentant în baza legislației speciale; (ii) dacă au fost dispuse măsuri care nu presupun pierderea sau restrângerea capacității de exercițiu, dar care devin incidente într-o astfel de situație, soluția ar putea fi găsită ținând cont de raportul act juridic general - act juridic special și act juridic anterior - act juridic ulterior; (iii) în cazul în care e vorba despre măsuri care nu produc efecte asupra capacității de exercițiu și care intervin în situații care nu implică o astfel de situație, pot fi utile aceleași coordonate. Toate aceste criterii vor trebui însă să țină seama și de scopul tuturor acestor măsuri, respectiv ocrotirea persoanei, astfel încât să fie evitată prejudicierea acestei persoane printr-o aplicare mult prea rigidă a unor reguli de drept. Nu în ultimul rând, arăt și faptul că, din ecuația schițată sumar mai sus nu va putea lipsi nici *reprezentantul personal* prevăzut de

⁶⁶ O astfel de interpretare este viabilă chiar dacă pentru convenția de reprezentare legea nu solicită forma autentică pentru că, potrivit art. 2.031 C. civ., principiul simetriei formei nu este aplicabil în caz de revocare a mandatului.

⁶⁷ Aceste măsuri sunt: tutela specială, consilierea judiciară, curatela. În această privință, în doctrină s-a arătat că trebuie deosebite măsurile de ocrotire propriu-zise de alte măsuri cu rol de protecție, propunându-se drept criteriu de distincție efectul pe care măsurile îl au asupra capacității de exercițiu. A se vedea C.C. Botu, *O nuanță de gri...*, op. cit., p. 77.

⁶⁸ Conform noi paradigme din materia ocrotirii persoanei, adusă prin Legea nr. 140/2022, odată cu instituirea unei măsuri de ocrotire, chiar dacă discutăm despre tutela specială, lipsirea celui ocrotit de capacitate de exercițiu nu mai este un efect automat. Întinderea restricțiilor capacității de exercițiu va trebui, *de lege lata*, stabilită de către judecătorul învestit să soluționeze o cerere având ca obiect luarea unei astfel de măsuri. Vezi în acest sens art. 170 alin. (1) teza I C. civ. [Prin hotărârea prin care a fost luată măsura de ocrotire, instanța de tutelă numește persoana care va exercita funcția de tutore de la data rămânerii definitive a hotărârii].

Legea nr. 140/2022. Această variabilă va putea fi însă luată în considerare numai după ce legislatorul îi va conferi și o formă concretă, printr-o lege specială⁶⁹.

Al treilea punct focal. Reprezentarea, fațetă a ocrotirii, se concretizează printr-o ingerință a voinței reprezentantului în autonomia reprezentatului. Din punct de vedere conceptual, ingerința se justifică printr-o ficțiune a legii, voința reprezentantului fiind considerată însăși voința bolnavului. Din punct de vedere practic însă, se ridică problema modului prin care poate fi controlată activitatea reprezentantului. Indiferent de sursa puterii și de întinderea atribuțiilor conferite, reprezentantul este obligat să-și desfășoare activitatea în interesul reprezentatului. Aceasta este esența măsurii de ocrotire. Prin urmare, el are o obligație de reprezentare, iar dacă nu o execută conform va trebui sancționat. Particularitatea situației analizate derivă din faptul că reprezentatul se află într-o situație medicală care nu îi permite să exercite funcția de control asupra activităților reprezentantului. În acest context, controlul acestuia trebuie să se facă prin intermediul altor persoane/instituții. Va fi vorba despre un control a posteriori, care va diferi în funcție de măsura concretă adusă în discuție.

Astfel, dacă luăm ca exemplu măsura tutelei speciale sau a consilierii judiciare, funcția de control este prevăzută de lege în sarcina instanței de tutelă. Un prim filtru de control este cel aplicat de această instanță la momentul numirii reprezentantului. În concret, aceasta trebuie să verifice dacă cel ce dorește să fie reprezentant nu se încadrează în situațiile prevăzute de art. 113 C. civ. și dacă nu există alte impedimente. Instanța va putea fi ajutată în acest sens și de așa-numita „persoană de încredere” care-l poate asista pe cel împotriva căruia s-a formulat acțiunea în fața judecătorului⁷⁰. Pe de altă parte, legea reglementează obligația dării de seamă a reprezentantului cu privire la activitatea desfășurată dar și posibilitatea altor persoane de a sesiza instanța cu privire la conduita reprezentantului. În aceste cazuri, dacă se constată un comportament contrar scopului funcției sale, pe lângă sancțiunile pecuniare aplicate pentru repararea prejudiciilor, instanța ar trebui să fie dispună și înlocuirea lui din funcție.

Și dacă în discuție este activitatea derulată de un reprezentant desemnat în baza legii speciale, controlul atribuțiilor sale va fi tot a posteriori. De această dată, este posibil să nu se mai pună decât problema unor sancțiuni pecuniare, având în vedere că reprezentarea este circumscrisă perioadei necesare parcurgerii procedurii medicale. Referitor la întinderea despăgubirilor, vor trebui luați în considerare și cel puțin alți doi factori: (i) justețea deciziei luate de reprezentant și (ii) corectitudinea procedurilor medicale.

⁶⁹ În acest sens, fac trimitere la art. 26 din Legea nr. 140/2022, care prevede următoarele: „dispozițiile art. 118 alin. (2) și ale art. 170 alin. (3) din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, astfel cum au fost reglementate, respectiv modificate prin prezenta lege, vor intra în vigoare la data care va fi prevăzută de legea specială privind reprezentantul personal”.

⁷⁰ Art. 940 alin. (4) C. pr. civ. [La ascultarea celui a cărui ocrotire se solicită poate fi de față o persoană de încredere.]. Fără doar și poate, instanța va trebui să verifice în prealabil dacă persoana respectivă chiar este o „persoană de încredere” și nu doar un interpus al reclamantului.

I.

Biocentrismul juridic – oglindirea ideologiei *deep ecology* în drept

Legal Biocentrism – The Reflection of Deep Ecology Ideology in Law

Dr. Dumitru Balea*

Universitatea „Babeş-Bolyai” Cluj-Napoca
Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: drepturi subiective, entităţi non-umane, subiecţi de drept, arii geografice, animale.

Keywords: subjective rights, non-human entities; legal subjects; geographical areas; animals.

Introducere. Tendinţele actuale legislative urmăresc acordarea de drepturi subiective unor entităţi non-umane, cum ar fi ariile geografice şi animalele. Pentru a le ataşa drepturile subiective, este necesar ca acestea să fie subiecţi de drept. Scopul studiului de faţă este să verifice compatibilitatea dintre recunoaşterea personalităţii acestor entităţi şi conceptele actuale ale dreptului. Mai exact, dacă personalitatea juridică acordată ariilor geografice şi animalelor, cu scopul pragmatic de a le recunoaşte drepturi subiective, este compatibilă cu instrumentele dreptului. În cele ce urmează, vom aborda subiectul în concepţia kantiană (1), verificând statutul actual al animalului (2), personalitatea juridică a ariilor geografice (3), pentru a vedea dacă subiectivizarea este calea (4) ocrotirii mediului înconjurător şi animalelor. Concluzia studiului va depinde de concepţia dreptului actual asupra instrumentelor sale, în special asupra drepturilor subiective.

1. Kant şi subiectul

Gândirea juridică post-kantiană este marcată profund de viziunea individualistă ce pune în centrul perspectivei legilor şi justiţiei persoana, emoţiile, gândurile şi puterile sale. Conotaţia de „substanţă gânditoare, sine conştiinţă” a cuvântului „subiect” introdusă de Kant în filosofie¹ a fost introdusă în limbajul juridic de Darjes, Savigny, Mülhenbruch şi alţii².

* dumitru.balea@law.ubbcluj.ro, cadru didactic asociat.

¹ Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Ed. K. Vorländer, F. Meiner, Hamburg, 1959, *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, IV, p. 225 (p. 28).

² Pentru o prezentare istorică a denumirii dreptului subiectiv, a se vedea Alejandro Guzmán, *Historia de la denominación del derecho-facultad como „subjetivo”*, în *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXV, 2003, p. 412.

Dreptului-facultate, produs al gândirii canonice, i s-a corelat semantic adjectivul „subiectiv”. Dreptul subiectiv este facultatea morală care aparține unui subiect de drept de a avea un anumit comportament, facultate recunoscută și ocrotită de dreptul obiectiv.

Subiecții de drept sunt persoanele, luate individual sau în grupuri asociative. O reflexie juridică a antropocentrismului. Sub presiunea ideologiei *deep ecology*³, biocentrismul⁴ tinde să se substituie antropocentrismului în concepția legiuitorilor și a juriștilor. Ideile promovate de ideologia *deep ecology* și reflectate la nivelul activității de creare a dreptului tind să extindă categoria subiecților de drept, prin includerea altor ființe sau a lucrurilor. Ariile geografice au fost deja introduse în această categorie. Animalele, în schimb, nu. Este aceasta calea de urmat pentru a îndeplini protecția juridică a mediului, a animalelor și a vieții de pe Pământ? Sau reprezintă doar o fațetă a manipulării urgențelor de salvagardare a mediului în scopul câștigării de capital politic?

2. Animalul – încă bun

Codul civil român include animalele în categoria bunurilor mobile⁵. Legislația în materia vânătorii și pescuitului a urmărit trasarea unor reguli pentru ocrotirea resurselor piscicole și cinegetice. Apoi, o serie de legi au fost adoptate pentru protecția animalelor⁶. Dar din acestea se deduce că interesul ocrotit este al societății și nu al animalelor.

Recunoașterea animalelor ca ființe simțitoare se răspândește tot mai mult în legislațiile statelor și în cea internațională. Guvernul britanic a adoptat Planul de Acțiune pentru Bunăstarea Animalelor⁷ care își propune implementarea unor acte normative cu scopul protejării animalelor. Pilonul principal declarat al programului de reformă este recunoașterea prin lege a faptului că animalele sunt ființe simțitoare⁸, apte să perceapă suferința

³ *Deep ecology* (ecologia profundă) este un termen care desemnează o ramură a ideologiei ecologice și o mișcare socială bazate pe ideea că omul trebuie să își schimbe radical relația cu natura dintr-una care valorizează natura doar pentru că este utilă ființelor umane într-una care recunoaște naturii o valoare inerentă. Uneori numită „*ecosophy*”, *deep ecology* oferă o definiție sinelui diferită față de noțiunile tradiționale și este o mișcare socială în care se observă câteodată substraturi religioase și mistice. Peter Madsen, *Deep ecology*, disponibil online la adresa: <https://www.britannica.com/topic/deep-ecology>, consultat în data de 01.07.2023.

⁴ Biocentrismul este un curent al eticii ambientale (*environmental ethics*), o gândire în esență de origine norvegiană, opusă antropocentrismului și „șovinismului uman”, care acordă demnitate morală doar ființelor umane și consideră natura doar un ansamblu de resurse. Biocentrismul generalizează abordarea kantiană asupra tuturor ființelor vii, considerându-le scopuri în sine, adică având o valoare intrinsecă ce le dă dreptul la respect.

⁵ O serie de articole din Codul civil referitoare la animale surprind fără îndoială această viziune: art. 548 alin. (2); art. 576; art. 736; art. 941 alin. (2); art. 1349 și 1375; art. 1836; art. 2127 alin. (4); 2839.

⁶ Legea nr. 205/2004 privind protecția animalelor, publicată în M. Of. nr. 531 din 14 iunie 2004 și republicată în M. Of. nr. 320 din 30 aprilie 2014; O.U.G. nr. 55/2002 privind regimul de deținere al câinilor periculoși sau agresivi, publicată în M. Of. nr. 311 din 10 mai 2002 și republicată în M. Of. nr. 146 din 27 februarie 2014; O.U.G. nr. 175/2020 pentru completarea unor acte normative cu incidență în protecția animalelor, precum și pentru stabilirea unor măsuri organizatorice, publicată în M. Of. nr. 954 din 16 octombrie 2020.

⁷ Action Plan for Animal Welfare, publicat în 12 mai 2021, disponibil online la adresa: <https://www.gov.uk/government/publications/action-plan-for-animal-welfare/action-plan-for-animal-welfare#contents>.

⁸ În Franța, ideea a pătruns în legislație mult mai devreme. Articolul L. 214-1 din Code rural et de la pêche maritime a fost modificat de art. 9 al Legii nr. 76-629 din 10 iulie 1976 și l-a adus la forma actuală: „Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs

fizică și psihologică, frigul, foamea și să conștientizeze ce li se întâmplă. Dreptul Uniunii Europene⁹ concepe animalele ca pe niște bunuri, dar vii, capabile a simți suferința¹⁰. Recunoașterea calității de ființă simțitoare face animalul să fie subiect de drept?

Legea nu furnizează un răspuns direct la această întrebare, dar lasă a se întrevădea unul negativ. Răspunsul doctrinei¹¹, de asemenea. S-a opinat că sensibilitatea, chiar dacă este comună oamenilor și animalelor, nu ar fi un argument suficient pentru a conferi animalelor personalitatea juridică, întrucât această promovare ar fi inadecvată pentru animale și periculoasă pentru oameni. Inadecvată, întrucât a fi subiect de drept implică nu doar a fi titular de drepturi, ci și constrâns de obligații, cele două criterii fiind cumulative, nu alternative. Ridicarea animalelor la statutul de persoane le-ar oferi drepturi superflue și le-ar supune unor obligații aberante. Periculoasă, s-a susținut, pentru că ridicând animalul la rangul juridic al omului ar atrage protejarea corpului animalelor asemeni corpului uman. Iar coborârea omului la rangul animalelor ar cauza dispariția supozițiilor în favoarea unei respectări mai mari a drepturilor omului față de drepturile celorlalte ființe vii¹².

Sensibilitatea animalelor este o stare de fapt. Simpla proclamare legislativă nu o transformă într-o stare de drept ori într-o categorie juridică și nici nu asigură ceva mai mult decât recunoașterea ei științifică. Categoriec, animalele trebuie protejate, pentru că sunt ființe simțitoare, după cum a dovedit știința. Reiterarea legislativă a acestei realități este superfluă și fără consecințe juridice directe. Cel mai important pentru studiul de față este că includerea sensibilității animalelor în lege nu este sinonimă cu recunoașterea calității de subiecți de drept animalelor. Așadar, sensibilitatea animalelor, chiar proclamată juridic, nu le-a transformat în subiecți de drept.

Conștienți de acest lucru, adepții doctrinei antropomorfismului juridic al animalelor, prin antispecism și *deep ecology*, exercită o presiune asupra legiuitorilor pentru acordarea

biologiques de son espèce.” Articolul 515-14 C. civ. francez, modificat prin art. 2 din Legea nr. 2015-177 din 16 februarie 2015: „Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.” Pentru o analiză a evoluției statutului animalelor în Codul civil francez, a se vedea Marina Four-Bromet, *Un statut de l’animal dans le Code civil*, în *La Gazette juridique*, nr. 3/2015, disponibil online la adresa: <https://univ-droit.fr/la-gazette-juridique/18288-un-statut-de-l-animal-dans-le-code-civil>.

⁹ Pentru o analiză a protecției juridice a animalelor în Uniunea Europeană, a se vedea Izabell Büschel, Juan Miguel Azcárraga, *Quelle protection juridique des animaux en Europe ? L’apport du Traité de Lisbonne à la lumière du droit comparé*, în *Trajectoires*, nr. 7/2013, <https://doi.org/10.4000/trajectoires.1162>.

¹⁰ Regulamentul (CE) nr. 1099/2009 al Consiliului din 24 septembrie 2009 privind protecția animalelor în momentul uciderii, publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* L 303/1 din 18.11.2009. Directiva 2010/63/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 septembrie 2010 privind protecția animalelor utilizate în scopuri științifice, publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* L 276/52 din 20.10.2010. Regulamentul (CE) nr. 1/2005 al Consiliului din 22 decembrie 2004 privind protecția animalelor în timpul transportului și al operațiunilor conexe și de modificare a Directivelor 64/432/CEE și 93/119/CE și a Regulamentului (CE) nr. 1255/97, publicat în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* L 003/1 din 5.10.2005.

¹¹ Jean-Pierre Marguénaud, *La personnalité juridique des animaux*, Recueil Dalloz, Dalloz, nr. 20/1998, p. 205-211, *apud* Fanny Dupas, *Le statut juridique de l’animal en France et dans les États membres de l’Union Européenne: Historique, bases juridiques actuelles et conséquences pratiques*, teză de doctorat, Université Paul-Sabatier de Toulouse, 2005, p. 69.

¹² *Ibidem*. Michael Freeden, *Drepturile*, Ed. DU Style, București, 1998, p. 38.

personalității juridice animalelor. Presiunea consistă, între altele, în proclamarea unor manifeste cu titlu asemănător actelor normative de drept internațional.

Declarația Universală a Drepturilor Animalelor¹³ a fost proclamată solemn, în prezența a numeroși ambasadori, savanți, artiști și politicieni, la Casa UNESCO din Paris, în 15 octombrie 1978 și revizuită în 1989. Trebuie menționat că declarația nu este un act normativ de drept internațional și nu a fost adoptată nici de UNESCO, nici de ONU. În realitate, Declarația a fost adoptată de asociații private, Liga Internațională a Drepturilor Animalelor și Ligile Naționale Afiliate, la întâlnirea internațională pe tema drepturilor animalelor de la Londra din septembrie 1977. Versiunea din 1989 reflectă o concepție ce reprezintă ruptura radicală de antropocentrismul cartezian și provine, în parte, din curentul ecologiei radicale, *deep ecology*. Articolul 9 din Declarație (1989) proclamă limpede: „personalitatea juridică a animalelor și drepturile lor trebuie recunoscute de lege”.

Declarația de la Toulon din 29 martie 2019¹⁴, redactată de Caroline Regad și Cédric Riot, profesori la Facultatea de Drept din Toulon, intenționează să furnizeze o soluție juridică ideilor cuprinse în Declarația de la Cambridge despre Conștiință din 7 iulie 2012¹⁵. Potrivit acesteia din urmă, animalele non-umane au, asemeni animalelor umane, substraturile neurologice ale conștiinței. Declarația de la Toulon proclamă: „Déclarons, Que les animaux doivent être considérés de manière universelle comme des personnes et non des choses. Que les animaux doivent être considérés comme des personnes physiques non-humaines”¹⁶.

Cu toate acestea, declarațiile anterioare reprezintă manifeste, și nu acte normative. La nivelul legislației actuale naționale și europene, animalelor le este refuzată intrarea în categoria subiecților de drept.

3. Personalitatea juridică a ariilor geografice

Altfel stau lucrurile în ceea ce privește ariile geografice. Exemplele sunt multiple. Râul Whanganui din Noua Zeelandă a primit personalitate juridică prin Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act¹⁷: „Section 14. Te Awa Tupua¹⁸ declared to be

¹³ *Déclaration Universelle des Droits de l'Animal*, proclamată în 1978 (1989), Paris, disponibil online la adresa: <https://www.ffp animale.fr/wp-content/uploads/2012/10/FFPA-D%c3%a9claration-Universelle-des-Droits-de-lAnimal.pdf>.

¹⁴ Declarația de la Toulon este un manifest emis și semnat de juriștii universitari ai Facultății de Drept din Toulon, Franța, în urma trilogiei de colocvii asupra personalității juridice a animalelor ținută la această facultate în anul 2019.

¹⁵ Concluzia Declarației de la Cambridge despre Conștiință este că animalele studiate au conștiință. *The Cambridge Declaration of Consciousness*, proclamată în Cambridge, 7 iulie 2012, Cambridge, Regatul Unit, disponibil online la adresa: [https://fcmconference.org/img/Cambridge DeclarationOnConsciousness.pdf](https://fcmconference.org/img/Cambridge%20DeclarationOnConsciousness.pdf).

¹⁶ *Déclaration de Toulon*, proclamée le 29 mars 2019, Université de Toulon, disponibil online la adresa: <https://www.univ-tln.fr/Declaration-de-Toulon.html>.

¹⁷ Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act, adoptat de Parlamentul Noii Zeelande în 20 martie 2017, disponibil online la adresa: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>.

¹⁸ Te Awa Tupua este definit în art. 12 al Actului ca fiind „an indivisible and living whole, comprising the Whanganui River from the mountains to the sea, incorporating all its physical and metaphysical elements”.

legal person. (1) Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person. (2) The rights, powers, and duties of Te Awa Tupua must be exercised or performed, and responsibility for its liabilities must be taken, by Te Pou Tupua¹⁹ on behalf of, and in the name of, Te Awa Tupua, in the manner provided for in this Part and in Ruruku Whakatupua – Te Mana o Te Awa Tupua²⁰.” Recunoașterea statutului de persoană juridică Râului Whanganui, deși cel mai faimos, nu a fost singurul caz de acordare a personalității juridice unor arii geografice. În 2014, Te Urewera Park, casa ancestrală a populației Tuhoe, a devenit prima arie geografică naturală care a fost recunoscută ca persoană juridică în Noua Zeelandă. După Whanganui, în anul 2018, Muntele Taranaki, un strato-vulcan vechi de 120.000 ani, sacru pentru maori, a fost ridicat la același status. Și în alte părți ale lumii s-a acordat personalitate juridică unor elemente ale naturii. În India, fluviile Gange și Yamuna au primit drepturi, la fel și toate râurile din Bangladesh, deși decizia a fost ulterior revocată în India. Și exemplele pot continua, altele noi adăugându-se periodic listei.

Paradoxal, în cazul elementelor naturale și a vieții neinteligente a fost mai ușoară declararea personalității juridice decât în cazul animalelor. Dreptul actual cunoaște multiple situații în care legiuitorul a acordat unor arii geografice statutul de subiecți de drept.

4. Este aceasta calea?

Conform susținătorilor ideologiei *deep ecology*, recunoașterea personalității juridice unei arii geografice sau animalelor reprezintă mijlocul ideal pentru protejarea lor. Ele vor fi subiecți de drept, având drepturi subiective proprii, pe care și le vor exercita prin reprezentanți. Dacă drepturile vor fi încălcate, o acțiune în răspundere ori executare va fi pornită împotriva oricui le lezează. La o privire dezbărată de solzii ideologiei, însă, se pot observa fisurile unei asemenea concepții.

Un mare impediment pentru finalitatea urmărită o reprezintă diferențele care fac oameni superiori animalelor. Abilitățile cognitive, cum ar fi capacitatea deplină de limbaj sau aptitudinea de raționament și planificare²¹, fac oamenii conștienți de drepturile pe care le au și de posibilitatea de a le impune prin puterea statului. În antiteză, animalele nu pot fi ele (și prin ele) însele subiecți de drept, ci eventual asemănați subiecților de drept, dacă și în măsura în care oamenii le recunosc această calitate. Cu atât mai puțin elementele

¹⁹ Te Pou Tupua este oficiul înființat prin art. 18 al Actului cu scopul de a fi „înfățișarea umană a Te Awa Tupua și pentru a acționa în numele Te Awa Tupua”, format din două persoane, una numită de populația maori cu interese în legătură cu Râul Whanganui, iar cealaltă numită în numele Coroanei de către Ministrul Tratatului de Negocieri Waitangi, în consultare cu Ministrul pentru Dezvoltarea Maorilor, Ministrul Conservării și Ministrul Mediului.

²⁰ Ruruku Whakatupua – Te Mana o Te Awa Tupua este un document care conține termenii unui cadru legislativ pentru Te Awa Tupua.

²¹ Cercetătorii Universităților din Stockholm și New York au dovedit ipoteza potrivit căreia capacitate mentală capitală care diferențiază oamenii de animale ar fi abilitatea oamenilor de a-și aminti și recunoaște informații secvențiale sau, pe scurt și științific, memoria pentru secvențe de stimuli. Stefano Ghirlanda, Johan Lind, Magnus Enquist, *Memory for stimulus sequences: a divide between humans and other animals?* în Royal Society Open Science nr. 4/2017, <https://doi.org/10.1098/rsos.161011>.

mediului înconjurător care nu au un sistem nervos central. Acestea nu vor fi, deci, conștiente de drepturile pe care le au.

O altă problemă decurge din cea prezentată anterior, și anume că drepturile animalelor ori ariilor geografice vor fi exercitate printr-un organism juridic cu componentă umană. Soluția a fost aplicată, fiind singura posibilă. Spre exemplu, în cazul Râului Wanganui, Te Pou Tupua este oficiul înființat pentru a acționa în numele acestuia²². Rămâne tot la latitudinea oamenilor exercițiul drepturilor subiecților non-umani. Tot exemplul Râului Wanganui relevă ineficiența protecției râului prin recunoașterea drepturilor subiective²³. Exercițiul drepturilor ariei geografice prin intermediul oamenilor reduce tot la latitudinea oamenilor protecția juridică gândită pentru lucru. Așadar, nu opțiunea legislativă pentru un anumit mod de protejare a animalelor sau a ariilor geografice asigură eficiența acesteia. Ci gradul de obligativitate și aplicarea strictă a legii. Apanaj exclusiv uman.

Alt neajuns se întrevede: soluția nouă a recunoașterii drepturilor subiective subiecților non-umani nu asigură o eficiență sporită față de instituirea unor îndatoriri stricte în sarcina oamenilor de a asigura bunăstarea animalelor și protecția mediului. Drepturile subiective se înfățișează, dintr-un unghi relațional și dinamic, ca raporturi juridice cu o încărcătură normativă pentru subiectivul pasiv, obligat la un anumit comportament²⁴. Dacă scopul practic urmărit este obligarea oamenilor la un anumit comportament, de ce este necesară apelarea la dreptul subiectiv al animalelor sau ariilor geografice pentru crearea unei norme pentru oameni? Nu se poate atinge, mai coerent juridic și mai eficient, acest scop direct prin lege, înzestrată cu obligativitate normativă? Acordarea personalității juridice unui râu cu scopul de a-i recunoaște un drept de proprietate asupra peștilor din râu, care să impună subiectului pasiv general abținerea de la încălcarea proprietății râului asupra peștilor, pare un mecanism foarte complicat de explicare a interdicției de a pescui. Mai eficientă ar fi o interdicție legală și directă de a pescui din acel râu. Dificultatea anihilării legale a unor drepturi subiective, în contrapunct cu lejeritatea abrogării unei îndatoriri legale, considerăm fi un argument slab. Pe de o parte, legiuitorul are la îndemână exproprierea, pentru exemplul dat. Pe de altă parte, legiuitorul are la îndemână oricând opțiunea de a înlătura calitatea de subiect de drept a râului. Legea a dat, legea a luat! Așadar, recunoașterea drepturilor subiective animalelor sau ariilor geografice nu garantează o protecție superioară față de instituirea unor îndatoriri directe în sarcina oamenilor.

Care este atunci motivul recunoașterii personalității juridice altor entități decât oamenii? Ar putea fi popularitatea de care se bucură dreptul subiectiv. „Conceptul de

²² Articolul 18 din Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act.

²³ Kennedy Warne, *A Voice of Nature*, disponibil online la adresa: <https://www.nationalgeographic.com/culture /graphics/maori-river-in-new-zealand-is-a-legal-person>. Julia Hollingsworth, *This river in New Zealand is legally a person. Here's how it happened*, disponibil online la adresa: <https://edition.cnn.com/2020/12/11/asia/whanganui-river-new-zealand-intl-hnk-dst/index.html>. Jeremy Lurgio, *Saving the Whanganui: can personhood rescue a river?*, 2019, disponibil online la adresa: <https://www.theguardian.com/world/2019/nov/30/saving-the-whanganui-can-personhood-rescue-a-river>.

²⁴ Paul Vasilescu, *Raportul de drept civil – mostră de nostalgie ideologică analitică*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Seria Iurisprudentia*, nr. 1/2020, p. 20.

drepturi a devenit unul dintre cele mai prestigioase și mai pozitiv conotate în cadrul teoriei politice. Avantajul unei promovări de principiu a ideilor reprezentate de acest concept e mult mai puțin controversat decât, de pildă, în cazul promovării egalității, a democrației sau chiar a libertății²⁵. Ideile livrate sub masca dreptului subiectiv, ca instrument politic, sunt foarte ușor digerabile de guvernați.

Este posibil ca opțiunea politică pentru această variantă să se fi făcut în scopul sporirii capitalului politic. Un indiciu în acest sens este că personalitatea juridică și drepturile subiective au fost recunoscute în favoarea ariilor geografice, dar nu a animalelor. Poate pentru că este mai lejer de acceptat ideea unei plimbări printr-un subiect de drept, decât ideea sacrificării și consumării unuia. Incluziunea altor entități decât oamenii în categoria subiecților de drept s-a făcut din oportunismul alinierii cu o ideologie populară. Și pentru că instrumentul dreptului subiectiv este foarte facil de folosit pentru a da glas unor revendicări umane, chiar făcute în numele ariilor geografice sau altor lucruri. Selectivitatea utilitaristă a legiuitorului trădează fundamentele preponderent politice și ideologice ale deciziei de dilatare a categoriei de subiecți de drept dincolo de oameni.

Dezavantajul utilității instrumentului politic „drept subiectiv” constă, paradoxal, tocmai în această facilă întrebuintare: legiuitorul folosește drepturile subiective ca un panaceu pentru orice problemă socială care, potrivit deciziei politice, trebuie normată²⁶. Folosirea instrumentului politic de drept subiectiv cu ocazia legiferării modifică *de facto* și *de lege lata* sensul instrumentului juridic de drept subiectiv. În contextul analizat, nu prin lărgirea artificială a categoriilor de drepturi subiective, ci a categoriei subiecților de drept. Prețul unui instrument atât de pretabil este erodarea legitimității dreptului obiectiv, care este definit prin drepturile subiective ce îl compun²⁷. Dreptul obiectiv se folosește, în acest caz, într-un mod impropriu de categoria dreptului subiectiv: nu pentru a acorda facultăți subiecților activi (care oricum nu s-ar putea folosi juridic de ele), ci pentru a impune îndatoriri subiecților pasivi. Mai coerent juridic și fără efecte secundare de ilegitimitate ar fi să se impună oamenilor aceste îndatoriri ca atare.

Moralitatea facultății conținute în dreptul subiectiv, printre singurele resorturi naturale ale dreptului obiectiv, este la rândul său amenințată. Dreptul obiectiv, ca sistem de organizare socială, este un construct de origine umană. Puține sunt fundamentele naturale ale dreptului. Prin caracteristica morală a facultății din conținutul dreptului subiectiv se asigură o relație între drept și natură. Puțin probabil ca această caracteristică a dreptului subiectiv să se mențină după recunoașterea drepturilor subiective mediului înconjurător,

²⁵ Michael Freedon, *op. cit.*, p. 27. „The concept of individual rights has become central to our political discourse”, Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Ed. Scholar Press for Emory University, Atlanta, 1997, p. 5. „Whatever rights may be, everyone agrees that they too are normatively advantageous”. Leonard Wayne Sumner, *The Moral Foundation Of Rights*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 32.

²⁶ „Aujourd’hui, beaucoup des désires deviennent, abusivement, de nouveaux droits de l’homme”, Philippe Malaurie, *Droit civil. Les personnes*, 6^e édition, Ed. Defrénois, Paris, 2012, p. 100.

²⁷ Eugeniu Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, Ed. Cartea Românească, Cluj, 1946, p. 369.

animalelor și altora. Dispărând și această conexiune dintre natură și drept, preponderența forței în facerea dreptului crește.

Concluzia care se desprinde în urma verificării rezistenței ideilor propuse de ideologia *deep ecology* în încercarea tehnică a conceptelor dreptului este că soluțiile propuse nu țin seama de exigențele concepționale ale instrumentelor dreptului. Personalitatea juridică și drepturile subiective, chiar recunoscute animalelor și ariilor geografice, nu asigură o protecție sporită a vieții non-umane pe Pământ. Prosopopeea juridică a animalelor și a mediului înconjurător este o ipocrită ocrotire a acestora. Scopul este acapararea de capital politic. Simpla declamare a personalității juridice a animalelor și a mediului înconjurător nu duce automat la ocrotirea acestora și la rezolvarea problemelor de mediu. Drepturile omului sunt nesocotite flagrant de oameni. Cu atât mai mult vor fi nesocotite drepturile animalelor și ale mediului. Pentru ocrotirea lor eficientă, sunt necesare măsuri legislative stricte, de instituire a unor îndatoriri legale directe oamenilor, aplicate riguros.

II.

***Deep ecology? Deep thinking!* sau despre importanța ideilor absurde**

Deep ecology? Deep thinking! or On the Importance of Absurd Ideas

*Lect. univ. dr. Alexandra Mercescu**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Dreptul animalelor, alături de inteligența artificială, constituie fără îndoială unul dintre tărâmurile pe care se produc în prezent idei juridice noi. Pentru o disciplină precum dreptul despre care s-a putut scrie că urmează în continuare, chiar și în secolul XXI, epistemic și pedagogic, o paradigmă medievală²⁸, importanța acestor laboratoare de idei nu trebuie subestimată. Textul domnului Balea are meritul de a aduce în prim-plan, pentru a discuta critic, una dintre aceste idei și anume chestiunea statutului juridic al animalelor. Demersul este lăudabil cu atât mai mult cu cât în România cercetarea în drept rămâne în general

* alexandra.mercescu@e-uvt.ro, cercetător afiliat: CLEST (Centre for Legal Education and Social Theory, Wrocław University), Nomos Center for International Research on Law, Culture and Power (Jagiellonian University).

²⁸ Geoffrey Samuel, *Can Gaius Really Be Compared to Darwin?*, 49 *International and Comparative Law Quarterly* 297 (2000).

orientată înspre practică și tinde a se dezinteresa de aspecte teoretice ce comportă o dimensiune interdisciplinară.

În esență, autorul se arată sceptic față de tendința actuală de a acorda animalelor personalitate juridică, și de a le transforma astfel, implicit, în subiecte de drept, ca urmare a constatării sensibilității acestora. În opinia autorului, protecția animalelor ar putea fi obținută într-un mod satisfăcător prin recursul la instrumente juridice mai simple decât dreptul subiectiv, cum ar fi legiferarea unor obligații în acest sens ce incumbă subiectelor de drept deja existente și recunoscute ca atare. În argumentarea sa autorul utilizează vocabularul specific temei; astfel se face trimitere la unele noțiuni fundamentale precum personalitate juridică, subiect de drept, drept subiectiv, obligație, persoană juridică, bunuri sau persoane. Înțeleg răspunsul pe care îl formulez aici ca pe o evaluare (colorată desigur de propriile lecturi, experiențe, formări intelectuale și deci prejudecăți) a modului în care domnul Balea „jonglează” cu aceste noțiuni pentru a încerca să construiască un puzzle juridic coerent, susceptibil să stea în picioare fără prea multe cârje și ajustări intelectuale. Îmi permit să folosesc acest limbaj informal pentru a sublinia (și pentru a-mi sublinia, i.e. a-mi reaminti mie celei care apreciază cu precădere teoria) că adesea chestionările noastre teoretice comportă o dimensiune ludică, ele dau senzația că ar fi un joc de limbaj în care singurele diferențe reale între autori rezidă în semnificația pe care unii și alții o dau unor aceiași semnificați, ceea ce în raport cu imensitatea existenței umane, așa cum se manifestă ea zi de zi, contează prea puțin. Din rațiuni evidente, nu voi aborda aici întrebarea „Este teoria (dreptului) un joc fără miză?” dar mi se pare util să pornesc textul-răspuns cu această întrebare în minte, sugerând astfel că orice teoretician ar trebui să nu se ia foarte mult în serios (cu siguranță vrem să evităm totalitarismele epistemice) pentru a reuși să vadă că o altă așezare a pieselor de puzzle este posibilă. În calitate de cititor nu pot fi decât re-cititor, cu alte cuvinte un cititor care prezintă, vrând nevrând, non-identic gândirea autorului (așadar, o re-prezintă tot așa cum un portret oferă o interpretare a personajului nefiind personajul însuși) câtă vreme nu este de presupus că putem avea vreodată acces la structura și pre-structura înțelegerii celuilalt (cu atât mai puțin lecturând un text de 3600 de cuvinte). Cu alte cuvinte, „greșelile” de interpretare îmi aparțin.

Acestea fiind spuse, o primă problemă pe care am identificat-o în textul analizat este legată de conceptualizarea noțiunii de **personalitate juridică**. Autorul pare a susține că personalitatea juridică implică capacitatea de a fi titular de drepturi și reciproc, o viziune tributară în mare parte dreptului privat cu origini în secolul XIX²⁹. Or, în opinia mea sunt convingătoare argumentele mai noi care susțin că animalele pot avea drepturi fără a le fi recunoscută personalitatea juridică³⁰ (a se nota, de altfel, că în ciuda diverselor activisme inspirate de filosofia *deep ecology* majoritatea încercărilor de a obține în instanța recunoașterea calității de persoană au eșuat cu excepția unui caz din Argentina³¹).

²⁹ Visa Kurki, *Legal Personhood and Animal Rights*, Journal of animal ethics, vol. 11, no. 1, (2021), pp. 47-62.

³⁰ A se vedea https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Chimpanzee-Cecilia_translation-FINAL-for-website-2.pdf.

³¹ Kurki, *op. cit.*, p. 52.

Personalitatea juridică poate fi înțeleasă ca acoperind un spectru foarte larg de „incidențe”³². În unele situații, doar un număr restrâns dintre acestea vor fi pertinente ceea ce ar însemna că entitatea respectivă se va putea bucura, spre exemplu, de anumite drepturi punctuale fără alte implicații cu privire la relevanța celorlalte „incidențe” (fie ele drepturi sau obligații). Se coagulează astfel ideea unei personalități juridice pasive plecând de la conceptualizarea drepturilor subiective ca interese (iar nu potrivit teoriei voinței care susține că avem un drept dacă și numai dacă avem o putere de control și decizie asupra datoriei altuia)³³. Animalele, deși nu pot controla obligațiile pe care oamenii le-ar avea față de ele și deși nu pot avea ele însele obligații, au un interes în îndeplinirea obligațiilor celorlalți față de ele. Potrivit acestei viziuni, animalele pot fi persoane juridice pasive deținătoare de anumite drepturi (acelea care le-au fost deja conferite prin legislație).

În orice caz, critica autorului nu se oprește la încercarea de a acorda personalitate juridică unor entități fizice non-umane sau animalelor ci vizează și noțiunea de **drept subiectiv**. Aplicată în sfera protecției animalelor, ideea de drepturi ar conduce la rezultate „periculoase”, susține autorul. Nu este deloc clar însă de ce contestarea viziunii tradiționale antropocentrice ar periclita existența umană sau ar aduce atingere acesteia. Din contră, eu cred că ar reprezenta, oarecum ironic, dovada incontestabilă a controlului pe care omul îl deține, a capacității sale de a-și rafina raționamentele și de a gândi moral, chiar și atunci când va fi postulat propria lipsa de control sau un control încadrat, diminuat, reținut. Într-adevăr, chiar și în cea mai favorabilă dintre legislații și în cea mai binevoitoare teorie a bunăstării animalelor o doză de antropocentrism va exista mereu din moment ce omul este cel care vorbește, emite ipoteze, folosește date obținute prin propriile sale simțuri, etc. În orice caz, „noțiunea de drepturi ale animalelor nu urmărește deloc să șteargă diferențele care există între om și animal, și nici cele care există între diferitele specii animale”³⁴. Autorul identifică just, de altfel, unele dintre avantajele noțiunii de drept (spre exemplu, cele constituționalizate nu pot fi ușor anihilate). La acestea, aș adăuga puterea retorică a noțiunii (dincolo de dreptul dreptului, dreptul – *as right* – politicii este un solid instrument cu imens potențial emancipator atestat istoric) dar și faptul că drepturile acoperă un spectru mai larg de comportamente nepermise subiectului pasiv decât cel pe care l-ar putea viza o obligație punctuală având totodată meritul de a putea fi constant actualizate pe cale jurisprudențială. În contrapartidă, este prezentat un singur dezavantaj al noțiunii de drept subiectiv care pare însă a cântări foarte greu în ochii autorului, și anume inflația de drepturi subiective. Împărtășesc preocuparea autorului cu privire la inflația de drepturi, în mod particular, și la inflația legislativă în general³⁵. Este adevărat că într-un asemenea context expansionist, drepturile riscă să fie banalizate iar conflictele între drepturi cu valoare normativă egală nu

³² *Id.*, p. 51.

³³ A se vedea Ori Herstein (2023), *Legal rights*, Stanford Encyclopedia of Philosophy. <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/legal-rights/>.

³⁴ Jean-Claude Nouët, Jean-Marie Coulon, *Les droits de l'animal*, Paris, Dalloz, 2019, p. 6.

³⁵ A se vedea Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015. În dreptul românesc, a se vedea D.C. Dănișor, *Editorial: De la inflația legislativă la trecerea în galop pe lângă Parlament*, în Revista Pandectele Române nr. 3/2011.

vor înceta să prolifereze. Totuși, a folosi acest argument pentru a nega utilitatea drepturilor subiective în raport cu animalele este ca și cum bărbații secolului trecut ar fi spus „avem deja prea multe drepturi, noi bărbații, nu este cazul să le mai acordăm acum și femeilor”. Într-un dialog sincer cu animalele care ne înconjoară, replica s-ar transforma într-o frazare de genul: „Admitem noi oamenii că ne-am întins prea mult pe această planetă dar dacă tot am făcut-o acum nu mai este loc acum și pentru voi, animalele”. De altfel, autorul prezintă dreptul subiectiv ca fiind un instrument complex (alte mecanisme fiind considerate mai simple). Tema în sine este fascinantă (ce este simplu și ce este complex în drept?) și ar merita cel puțin o conferință. Până atunci însă, aș exprima aici o rezervă bazată pe intuiție: în fața complexificării și tehnicizării legislației, acordarea de drepturi subiective îmi pare mai degrabă un demers simplu și eficient (printre altele, datorită justițiabilității lor).

În fine, chiar și admitând că atât noțiunea de personalitate juridică cât și cea de drept subiectiv ar fi problematice în sfera protecției animalelor, constat că autorul nu este pregătit să accepte nici meritele unei a treia noțiuni, **sensibilitatea** („*Dar recunoașterea calității de ființă simțitoare și ocrotirea directă a animalului în această calitate îl face să fie subiect de drept? Legea nu furnizează un răspuns direct la această întrebare, dar lasă se întrevadă unul negativ. Răspunsul doctrinei, de asemenea. Sensibilitatea, chiar dacă este comună oamenilor și animalelor, nu poate fi suficientă pentru a conferi animalului personalitatea juridică*”). Desigur, autorul revine prin intermediul noțiunii de sensibilitate la chestiunea personalității juridice și la cea de drept subiectiv ale căror inadecvări vor fi fost ulterior enunțate. Critica mea privește tocmai revenirea la aceste noțiuni convenționale. Deși pot înțelege constrângerile derivate din spațiul extrem de limitat al unui articol, noțiunea de sensibilitate ar fi meritată să fie dezvoltată, cu atât mai mult cu cât multe dintre efectele pozitive în domeniul protecției animalelor au fost obținute prin invocarea acestei noțiuni iar nu a celei de personalitate:

[a]firmația că animalele sunt ființe simțitoare cu nevoi biologice și o bunăstare, mai degrabă decât simple lucruri, a avut mai mult succes (și a primit recunoaștere legală în anumite jurisdicții) decât pretenția că ar trebui să fie recunoscute legal³⁶.

Acestea fiind spuse, concluzia potrivit căreia „[s]electivitatea utilitaristă a legiuitorului trădează fundamentele preponderent politice ale deciziei de dilatare a categoriei de subiecți de drept” surprinde foarte bine una dintre tensiunile care afectează statutul dreptului animalelor, și anume între dezideratul universal al bunăstării animalelor, pe de o parte, și alte obiective sau inerții politice, pe de altă parte. Desigur, o voce a *critical legal studies* va

³⁶ Jonas-Sébastien Beaudry, (2016), *From autonomy to habeas corpus: Animal rights activists take the parameters of legal personhood to court*, în *Global Journal of Animal Law* (1), p. 10. Într-adevăr între sensibilitate și personalitate juridică nu există o legătură evidentă: Régis Bismuth, Fabien Marchadier, *La sensibilité de (et vis-à-vis de) l'animal, grille de lecture du droit animalier?*, R. Bismuth, F. Marchadier (sous la dir. de), *Sensibilité animale*, Paris, CNRS Editions, 2015. Totuși, este adevărat că pentru unii autori noțiunea de sensibilitate stă la baza personalității juridice: René Demogue, „La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909.

observa imediat că nu există decizii pur juridice și că orice legiferare are fundamente „preponderent politice” (cel puțin dacă înțelegem politica nu ca oportunist electoral ci competiție de valori și ideologie). Totuși când vine vorba despre domenii pretins universale cum ar fi drepturile omului sau drepturile animalelor avem tendința să uităm despre acest fundal politic. Spre exemplu, bunăstarea, noțiune-cheie pentru dreptul animalelor, are o componentă obiectivă (sau cel puțin măsurabilă după o serie de parametri exacti) dar cuprinde în același timp și o dimensiune subiectivă³⁷. Astfel, un *reminder* este cu siguranță binevenit.

Voi încheia printr-o observație epistemologică. Contribuția domnului Balea ne face conștienți despre dificultatea de a gândi (în drept) dincolo de limitele convenționalului. Într-adevăr, autorul reproșează legiuitorilor că folosesc noțiuni juridice consacrate în mod inadecvat, „din comoditate”. Sunt de acord că dreptul este un domeniu conservator în care multe lucruri se întâmplă din inserție. Paradoxal însă, soluția pe care autorul o propune nu se desparte de reperele convenționale (în esență, în vederea protecției animalelor, autorul ne invită să abandonăm noțiunea de drept pentru a o folosi pe cea de obligație). A folosi însă noțiunea de obligație îmi pare însă la fel de comod și puțin inovator. Desigur, succesul noțiunilor juridice nu se evaluează prin prisma originalității lor ci prin prisma efectelor produse. Aici, din păcate, spre deosebire de medicină sau economie, nu avem la îndemână posibilitatea de a face studii randomizate pentru a stabili superioritatea uneia sau alteia dintre noțiuni. Intuiția însă ne poate sugera că există o anumită efervescență neîntâmplătoare (care își are desigur propria ideologie pe care putem sau nu să o îmbrățișăm) în jurul unor idei juridice noi ce vor face, inevitabil, obiectul unor controverse. Iar dacă tot a ajuns să fie, *let it be!* Prefer să citesc această efervescență ca pe o invitație la *deep thinking*, o invitație de a redeschide marile capitole ale omenirii: „Ce este omul?”, „Care sunt limitele puterilor sale?”, „Ce este dreptul?”, „Care sunt limitele sale?”.

³⁷ Nicolas Delon, *La sensibilité en éthique animale, entre faits et valeurs*, R. Bismuth, F. Marchadier (sous la dir. de), *Sensibilité animale*, Paris, CNRS Editions, 2015, p. 62.

I.

Dreptul persoanelor și transumanismul. Reificarea ființei umane și personificarea mașinii

Human Rights and Transhumanism. The Reification of the Human Being and the Personification of the Machine

Conf. univ. dr. **Lavinia Tec***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

„Sunt oameni care și-au sacrificat propria parte din umanitatea tradițională ca să se dedice sarcinii de a hotărî ce va însemna de acum înainte „Umanitate”. Aplicate lor, „bun” și „rău” sunt cuvinte lipsite de conținut: căci, de acum înainte, conținutul acestor cuvinte va depinde de ei”.

C.S. Lewis, *Desființarea omului*¹

„Orice descoperire în domeniul științei pure este potențial subversivă; până și știința trebuie uneori să fie tratată ca un posibil inamic. Da, da, chiar și știința”².

Al. Huxley, *Minunata lume nouă*

Cuvinte-cheie: natură umană, transumanism, limite umane, capacități fizice, capacități intelectuale.

Keywords: human nature; transhumanism; human limits; physical abilities; intellectual abilities.

Din punct de vedere etimologic, „transumanism” a rezultat din fuziunea prefixului „trans” – a trece dincolo de – și „umanism”, din latinescul „humanitas”, natură umană, culturală, derivând el însuși din „homo”, om, cu sufixul „ism”, servind la formarea cuvintelor care corespund unei atitudini, unui comportament, unei doctrine, unei dogme, unei ideologii sau unei teorii³. Cuvântul „transumanism” sugerează ideea de suprimare a vulnerabilității intrinseci ființei umane, de augmentare a performanțelor sale, de desființare a limitelor naturale⁴. Transumanismul este un curent de gândire internațional care pledează

* maria.tec@e-uvt.ro.

¹ C.S. Lewis, *Desființarea omului*, trad. Petruța-Oana Năiduț, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 89.

² A. Huxley, *Minunata lume nouă*, ed. III, trad. Suzana și Andrei Bantaș, Ed. Polirom, București, 2011, p. 238.

³ <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Transhumanisme.htm>.

⁴ A se vedea D. Le Breton, *Le transhumanism ou l'adieu au corp*, Écologie et politique, 2017, p. 81-93 și J.-R. Binet, *De l'ideologie transhumaniste à ses pratiques: l'urgence de qualifier*, Droit de la famille, nr4/2019, pp. 1-2.

pentru utilizarea științelor și a noilor tehnologii în scopul ameliorării capacităților fizice, intelectuale și mentale ale ființelor umane, putând merge până la imortalitate. Visul transumanistilor – cucerirea naturii umane, stăpânirea și manipularea ei – a devenit azi realitate. Știință *versus* Natură este credo-ul mișcării transumaniste, care se hrănește cu depășirea legilor naturale, a limitelor pe care natura le pune corpului uman. Din perspectivă juridică, se ridică problema legitimității augmentării ființei umane și a prezenței sau absenței unui cadru juridic propriu transumanismului în dreptul pozitiv.

Pandemia de Covid-19 a fost contextul potrivit pentru accelerarea realizării proiectului transumanistilor. Potrivit punctului întâi al *Declarației transumaniste* din 2009⁵, omenirea va fi profund afectată de știință și tehnologie în viitor prin posibilitatea de a lărgi potențialul uman prin depășirea îmbătrânirii, a deficiențelor cognitive, a suferinței involuntare și a izolării noastre pe planeta Pământ. Am putut observa cu toții că știința și tehnologia au impactat viața noastră. Deși izolați, am fost în permanență conectați unii de ceilalți, cu statul și companiile private. Bariera izolării fizice a fost depășită cu ajutorul tehnologiei. Viața privată, profesională și socială au continuat să se desfășoare în mediul digital, în spațiul virtual aflat în proprietatea companiilor private din grupul GAFAM. Legea a impus atât distanțarea fizică a oamenilor și restrângerea unor drepturi și libertăți, cât și conectarea lor în mediul digital, împărțind activitățile/serviciile (și prestatorii/lucrătorii) în esențiale și neesențiale. Probabil că în perioada pandemiei s-au colectat cele mai multe date personale și informații despre persoane din toate timpurile.

Acum, în perioada post-pandemică, anxietatea față de moartea cauzată de un virus pare să fi fost înlocuită de anxietatea față de tehnologiile de supraveghere și control, față de roboți și inteligența artificială.

Se poate spune azi că tehnologia este în curs de coliziune cu umanitatea? Dacă da, cum sunt afectate ființele umane? Dar dreptul persoanelor?

Una dintre tendințe este aceea de a reifica ființa umană⁶. Pe de o parte, omul este redus la un flux de date și informații⁷, iar pe de altă parte, ființa umană este redusă la materie, care poate fi creată, îmbunătățită sau distrusă atunci când este considerată un rebut.

Omul este azi conectat, controlat, comercializat, modificat sau transformat.

Tehnologia conectează oamenii între ei și cu mașina deopotrivă. Tehnologiile digitale au devenit parte din fiecare aspect al vieții noastre. Smartphone-ul este principalul mijloc de conectare, o extensie a ființei umane. Un bun, o mașină care se ocupă de orice sarcină pe care i-o atribuim cu vocea, privirea sau degetele. Un bun pe care avem iluzia că-l purtăm cu noi. În realitate, smartphone-ul ne poartă cu el și în el.

Omul conectat constituie obiectul colectării. Accesul la mediul digital se face în schimbul livrării datelor personale. O simplă declarație de consimțământ, un contract de asigurare de răspundere civilă de bunuri sau persoane, un abonament la o platformă de

⁵ Disponibilă aici: <https://www.humanityplus.org/the-transhumanist-declaration>.

⁶ B. Teyssié, *Le transhumanisme*, în *Les métamorphoses de droit de personnes*, LexisNexis, Paris, 2023, p. 33.

⁷ A se vedea V. Stoica, *Ce sunt datele cu caracter personal?*, disponibil aici: <https://www.juridice.ro/essentials/2091/ce-sunt-datele-cu-caracter-personal>.

streaming, plățile electronice, votul electronic, achiziția de bunuri sau servicii, accesul în anumite zone din spații publice sau private se pot face numai în schimbul livrării datelor personale. Orice mișcare a noastră în spațiul virtual lasă urme, veritabile informații despre noi, consumatori de tehnologie, locuitori ai statului global digital.

Omul colectat face obiectul controlului algoritmilor. Aceștia sunt programați să controleze și să manipuleze gesturile, limbajul, comunicarea, preferințele personale în diferite domenii, toate mișcările noastre.

În mediul digital, omul este un chip sau o minte fără trup și un flux de date și informații, monetizate de companiile de tehnologie digitală. Datele și informațiile colectate sunt bunurile valoroase cu care acestea fac comerț. În mediul digital, omul nu stabilește relații cu alți oameni sau cu lucruri, ci are sau nu acces la fluxuri de date și informații.

Reificarea ființei umane este în discuție și atunci când știința și tehnologia afectează alte aspecte ale umanității: concepția ființei umane, viața și moartea acesteia. Reproducerea umană asistată medical sau procrearea ameliorată în cazul infertilității biologice sau sociale, concepția ființelor umane cu ajutorul tehnologiilor de editare genetică, folosirea tehnologiilor de diagnostic genetic de preimplantare sau prenatală, augmentarea corpului uman afectat de dizabilități fizice sau cognitive, repararea, ameliorarea elementelor corporale interne sau externe⁸, toate acestea demonstrează faptul că natura umană⁹ este controlată și manipulată de om, că tehnologiile ne afectează modul în care gândim despre noi, ființele umane, și în care percepem lumea înconjurătoare.

La punctul 8 din *Declarație*, autorii afirmă că sunt de acord să se permită indivizilor o alegere personală largă asupra modului în care își permit viața. Aceasta include utilizarea tehnicilor care pot fi dezvoltate pentru a ajuta memoria, concentrarea și energia mentală; terapii de prelungire a vieții; tehnologii de alegere a reproducerii; proceduri crionice; și multe alte posibile tehnologii umane de modificare și îmbunătățire.

Erodarea semnificației sexului biologic, a familiei tradiționale, a procreării tradiționale, a limbajului și comunicării, a sacralității vieții și a morții sunt efectele impactului științei și tehnologiei asupra naturii umane.

Digitalizarea a transformat modul în care omul gândește, citește, comunică, învață, lucrează, cumpără, socializează, se distrează sau își petrece timpul liber.

Dar asistăm azi nu doar la augmentarea tehnologică a omului, ci și la degradarea tehnologică: lichidarea prin avort a celor identificați prea bolnavi sau dependenți ori vulnerabili, pe baza tehnologiilor medicale de depistare a tulburărilor prenatale, deepfake, lichidarea de pe rețelele sociale, închiderea conturilor bancare, pierderea locului de muncă

⁸ A se vedea V. Dobozi, *Aplicații biomedicale care nu alterează identitatea sau integritatea genomului uman, dar pot conduce la discriminare genetică (partea a II-a)*, disponibil aici: <https://www.juridice.ro/680326/aplicatii-biomedicale-care-nu-altereaza-identitatea-sau-integritatea-genomului-uman-dar-pot-conduce-la-discriminare-genetica-partea-a-ii-a.html>; V. Dobozi, *Xenotransplantul*, disponibil aici: <https://www.juridice.ro/500411/xenotransplantul.html>.

⁹ Despre natura umană, legea naturală și dreptul natural, a se vedea R. Rizoiu, *Despre nevoia (realistă) de drept natural*, disponibil aici: <https://www.juridice.ro/essentials/7012/despre-nevoia-realista-de-drept-natural>.

a celor considerați „nepotriviți” sau „inadecvați” pe baza comportamentului sau a opiniilor exprimate ori a celor care nu respectă standardele corectitudinii politice.

Prin urmare, se poate susține că știința și tehnologia au afectat însăși natura ființei umane? Corpul persoanei augmentat și transformat devine un bun? Dreptul de proprietate industrială în materie de biotehnologie (asupra accesoriilor corpului uman augmentat) cunoaște sau nu limite ? Drepturile personalității suferă mutații? Cum au fost afectate dreptul la viață, integritate fizică și psihică, demnitatea umană, dreptul la respectarea vieții private, libertatea de exprimare, libertatea de gândire, dreptul la onoare și reputație? Cum este afectat discernământul? Dar libertatea de alegere? Cum e afectată identitatea ființei umane? Dar identificarea persoanei? Cine și cum decide și verifică dacă interesul și binele ființei umane primează asupra interesului unic al societății sau al științei [art. 61 alin. (2) C. civ.]?

A doua tendință este aceea de a personifica mașinile. Roboții substituie sau asistă azi oamenii în diverse activități domestice sau profesii. Inteligențe artificiale create de diferite companii de tehnologie sunt exploatate azi ca și creatori de artă sau parteneri într-o relație romantică. Inteligențele artificiale, minți artificiale fără chip, create de oameni, depind însă de datele, informațiile, modelele de limbaj pe care le primesc, prelucrează și la care reacționează. Totuși, oricât de inteligentă ar fi mașina, oricât de inteligent ar fi robotul, ar putea fi asimilabil omului din punct de vedere fizic, psihic, emoțional? Are conștiință, voință, capacitatea de a discerne, sentimente, emoții? Are carne, oase, sânge și suflet? Dezvoltarea și utilizarea inteligențelor artificiale generatoare de conținut – artistic, literar, muzical- ridică următoare problemă: cine este autorul operei sau al produsului ori conținutului generat? cui îi aparține dreptul de autor asupra operei generate de inteligența artificială? Dar atunci când încalcă dreptul de autor al unei persoane sau când generează deepfake, cine răspunde pentru prejudiciile cauzate, pentru atingerea demnității umane sau a reputației persoanei? Sau când ofensează ori insultă persoanele în conversațiile cu acestea?

Chiar dacă legea ar recunoaște inteligențelor artificiale și roboților personalitatea juridică, acestea nu ar putea fi asimilabile ființelor umane din punctul de vedere al dreptului persoanelor și al familiei: nu au acte de stare civilă, nu au filiație, nu au cetățenie, nu se pot reproduce, nu pot întemeia o familie, nu au corp, deci nu beneficiază de integritate fizică și psihică, nu au suflet, nu au sentimente, nu au emoții, nu au viață privată. Spre deosebire de roboți și inteligențe artificiale, oamenii primesc la naștere un nume, o familie, un loc, o comunitate. Sunt elemente esențiale ale sinelui, stabilite prin lege – dreptul la nume, domiciliu, filiație, stare civilă, cetățenie - pe care persoanele nu le pot alege. Așadar, roboții și inteligențele artificiale ar rămâne în afara dreptului persoanelor și dreptului familiei.

Cu toate acestea, putem vorbi azi despre încadrarea de *lege lata* a roboților și a inteligențelor artificiale în categoria bunurilor, dar care, sub influența dreptului european, sunt susceptibile să evolueze în persoane¹⁰. În doctrina franceză s-a propus calificarea de

¹⁰ A se vedea Rezoluția Parlamentului European din 16 februarie 2017 conținând recomandări adresate Comisiei referitoare la normele de drept civil privind robotica (2015/2103(INL)), care propune „crearea unui statut juridic specific pentru roboți, astfel încât cel puțin cei mai sofisticați roboți autonomi să poată avea un

„persoane prin destinație”, susținându-se că, prin ficțiune, unele lucruri pot fi ridicate la rangul de persoană¹¹.

Există pericole, riscuri ale coliziunii dintre tehnologie și umanitate? La punctul 3 din Declarație, autorii recunosc că omenirea se confruntă cu riscuri grave, în special din cauza utilizării greșite a noilor tehnologii și că există posibile scenarii realiste care duc la pierderea majorității, sau chiar a tuturor valorilor pe care le are omenirea. Se afirmă că unele dintre aceste scenarii sunt drastice, altele sunt subtile și se recunoaște că orice progres este schimbare, dar nu orice schimbare este progres. La punctul 6 din *Declarație*, autorii afirmă că elaborarea politicilor ar trebui să fie ghidată de o viziune morală responsabilă și incluzivă, luând în serios atât oportunitățile, cât și riscurile, respectând autonomia și drepturile individuale și arătând solidaritate și preocupare față de interesele și demnitatea tuturor oamenilor de pe glob.

Care sunt pericolele coliziunii dintre tehnologie și umanitate? Dezumanizarea, discriminarea, distrugerea umanității. Om versus Supraom¹². Pentru a (ne) păstra umanitatea ar trebui și am putea să ne opunem transumanismului prin legi¹³ și standarde de etică?

Această coliziune bulversează dreptul persoanelor și multe noțiuni și concepte juridice sunt repuse în discuție. Iată câteva exemple: distincția între persoane și bunuri, care constituie *Summa divisio* în dreptul privat își mai păstrează utilitatea? care sunt azi elementele pe baza cărora se face distincția între persoane și bunuri? ce înțelegem azi prin „corpul uman” – corp fizic, corp artificial, un bun, un element intrinsec al ființei umane, persoană fizică? ce semnificație are corpul fizic/artificial pentru definirea persoanei? ce se înțelege prin persoană? ce este persoana juridică dacă roboții și inteligențele artificiale sunt entități abstracte, fără carne, oase și sânge, fără trup, fără chip, dar care au aptitudinea de a fi autonome? integritatea fizică și psihică poate fi afectată prin aplicațiile cele mai invazive de calcul afectiv bazat pe monitorizare socială (*affective computing*) sau de tehnici subliminale acționând asupra inconștientului atunci când ele prezintă un risc de manipulare a persoanelor; avatarurile persoanei și problema naturii juridice a acestora – creații ale persoanei, care au natura juridică de bunuri corporale și, deci fac obiectul unui drept sau au natura de persoană (digitală)? se conturează un statut al persoanei digitale și altul al inteligenței artificiale sau al robotului? dacă sistemele de inteligență artificială pot fi surse de discriminare a persoanelor pe baza analizei datelor colectate despre ele, atunci cum se

statut de persoană electronică responsabilă pentru repararea prejudiciilor pe care le cauzează și să poată fi aplicată eventual personalitatea electronică în cazurile în care roboții iau decizii autonome sau interacționează independent, în alt fel, cu terți”, disponibil aici: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=IT>.

¹¹ Pentru dezvoltări a se vedea M. Najafaly, *L'urgence de nouveaux sujets de droit (robot et intelligence artificielle)*, în *Corps humain, technologies et Droit*, (coord. C. Kuhn și C. Pomart), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 235.

¹² A se vedea V. Dobozi, *Supraomul*, disponibil aici: <https://www.juridice.ro/692568/supraomul.html>.

¹³ A se vedea, spre exemplu, propunerea de regulament al Parlamentului European și al Consiliului de stabilire a unor norme armonizate privind inteligența artificială (legea privind inteligența artificială) și de modificare a anumitor acte legislative ale Uniunii, COM/2021/206 final, cu amendamentele adoptate de Parlamentul European la data de 14 iunie 2023, disponibilă aici: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

pot proteja acestea din urmă? editarea genetică a ființelor umane va constitui și ea o sursă de discriminare între ființele umane? poate fi preservată demnitatea umană?

II.

Răspuns

Reply

*Lect. univ. dr. Codruța Guzei-Mangu**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

„A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm.

A robot must obey the orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law.

A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Laws.” (Isaac Asimov, („Runaround”. I, Robot)¹⁴

„No machine may harm humanity; or, through inaction, allow humanity to come to harm.” (Isaac Asimov, The Evitable Conflict)¹⁵

Dreptul persoanelor și transumanismul, reificarea ființei umane și personificarea mașinii, un subiect sub umbrela căruia se adăpostesc o serie de multe alte probleme și dileme, care determină numeroase preocupări și întrebări, deopotrivă actuale și extrem de complexe.

Dintre temele propuse spre dezbateri trecem în revistă: reificarea ființei umane, omul privit ca un cumul de informații de interes a fi colectate, comercializate, valorificate, tehnologiile și metodele de asistare a concepției umane, precum editarea genetică, screening-ul preimplantar, dobândirea personalității juridice de către roboți și de către inteligența artificială, protejarea și recunoașterea drepturilor de autor în contextului conținutului generat de inteligența artificială, cum este cazul programului ChatGPT, toate acestea în raport cu consecințele pe care le determină asupra drepturilor personalității și, mai mult, asupra ființei umane.

* codruta.mangu@e-uvt.ro.

¹⁴ I. Asimov, *I Robot*, disponibil la http://ekladata.com/-Byix64G_NtE0xI4A6PA1--o1Hc/Asimov-Isaac-I-Robot.pdf.

¹⁵ *Ibidem*.

Transumanismul este caracterizat de idei precum ameliorarea ființei umane, îmbunătățirea omului, augmentarea acestuia, autodeterminarea absolută a omului bazată pe libertatea sa înțeleasă ca posibilitate a acestuia de a fi construit după propria voință, după propriul design, longevitate sau chiar imortalitate, cel puțin a conștiinței, coabitarea sau simbioza omului cu tehnologia, omul eficient, optim, productiv, din punct de vedere fizic și economic, omul evoluat, omul perfect.

Tehnologia și știința sunt instrumentele de bază pentru ca aceste obiective să fie atinse și, deși, unele dintre obiectivele curentului transumanist par că, cel puțin deocamdată, și-ar găsi locul numai în scenariu distopice beletristice sau regizate, totuși, ca urmare a saltului tehnologic la care asistăm, tehnologia a avansat exponențial, depășind puterea de reacție din punct de vedere legislativ, social, etic și moral a omului, iar multe dintre dezideratele acestui curent încep să prindă contur.

Editarea genetică, screening-ul preimplantar sunt un bun exemplu în acest sens. La acest moment, acestea sunt folosite în procedurile de reproducere umană asistată medical, pentru optimizarea și creșterea șanselor de reușită a acestora, pentru înlăturarea defectelor și maladiilor genetice și, de asemenea, cu scopul de a crește probabilitatea de compatibilitate genetică în vederea transplantului de celule stem, cum se întâmplă în cazurile numite „savior siblings”¹⁶, când concepția copilului este determinată, în principal, de nevoia de a avea un donator compatibil pentru copilul care deja există și are nevoie de un transplant de măduvă osoasă.

Pe de o parte, existența acestor tehnici este văzută¹⁷ și ca fiind un mijloc prin intermediul căruia persoanelor interesate le este oferit acces la informații esențiale, cum ar fi, spre exemplu părinții, care pe baza acestor informații s-ar simți încurajați să procreze, iar, în lipsa acestora, să renunțe în totalitate la ideea de a procrea, de teama defectelor genetice cu s-ar putea confrunța, sau chiar, datorită acestei temeri, să pună capăt unei sarcini cu făt potențial sănătos. Pe de altă parte, preocupări în legătură cu aceste metode au fost exprimate pentru situația în care acestea vor deveni din ce în ce mai evolute și vor putea fi folosite pentru alte motive decât prevenirea sau tratarea maladiilor genetice, cum ar fi cele care ar conduce la o cosmetizare a ființei umane prin predeterminarea genetică a unor trăsături fizice sau de caracter, cognitive sau artistice¹⁸.

Obiectivul final al curentului transumanist este crearea omului perfect, cel puțin din punct de vedere fizic și intelectual.

Principalele îngrijorări manifestate față de acest lucru sunt legate de faptul că perfecțiunea, în sensul tezei transumaniste, nu ar fi compatibilă cu natura umană.

Trăsăturile pozitive ale ființei umane sunt intim legate de cele negative și, prin cunoașterea, trăirea și experimentarea celor negative, vor putea fi recunoscute, cultivate,

¹⁶ A se vedea cazul Marissa Ayala, <https://www.pressetelegram.com/2013/05/21/born-to-save-her-sisters-life-marissa-ayala-now-23-will-graduate-from-csulb/>.

¹⁷ J. Robertson, *Ethical and legal issues in preimplantation genetic screening*, disponibil la https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028216547670?ref=cra_js_challenge&fr=RR-1.

¹⁸ *Idem*, p. 6; D. S. King, *Preimplantation genetic diagnosis and the new eugenics*, p. 1 și urm., disponibil la <https://jme.bmj.com/content/25/2/176>.

apreciate și valorate cele pozitive, iar modificarea unei trăsături esențiale va determina o modificare complexă a unui lanț de însușiri interconectate, ceea ce va face dificil sau chiar imposibil de anticipat rezultatul final¹⁹.

În lipsa unei diversități genetice, omul perfect ar implica și o standardizare a ființei umane în detrimentul unei dezvoltări originale a personalității acesteia, formată și ca urmare a modului în care persoana s-a adaptat și și-a gestionat propriile imperfecțiuni, vulnerabilități și neajunsuri.

În această ipoteză, una dintre temerile deja semnalate privește discriminarea. Conceptul omului ideal este perceput ca fiind discriminatoriu în raport cu persoanele cu dizabilități, cele care există deja și, în viitor, cele care, din rațiuni financiare, nu ar avea acces la tehnologia necesară creării omului perfect sau, datorită propriilor convingeri decid să nu apeleze la aceste tehnici²⁰. În același sens, o segregare ar putea apărea și între statele mai dezvoltate și cele mai puțin dezvoltate²¹.

Dacă, într-o anumită măsură și în mod similar, o anumită discriminare poate fi resimțită și azi în legătură cu numeroase aspecte, dat fiind că diferențele sociale, financiare sau de opinie sunt inerente fiecărei societăți, problema discriminării nu poate fi ignorată în ceea ce privește percepția transumanistă asupra omului.

Tehnicile de screening și de modificare genetică amintite, cel puțin la acest moment, sunt folosite doar pentru embrionii *in vitro*, iar nu și pentru cei *in vivo*²². În acest context și în relație cu dezideratele orientării transumaniste, ideea discriminării prezintă un caracter mai pronunțat. Astfel, pentru a se evita orice risc de apariție a defectelor genetice, mai ales în cazurile în care acestea nu pot fi anticipate de potențialii părinți, nefiind unele cunoscute în istoricul lor medical personal, concepția asistată medical ar fi singura luată în calcul, în timp ce procrearea pe cale naturală nu ar mai fi văzută ca fiind o opțiune posibilă. Într-o astfel de situație, lucrurile sunt cu mult diferite față de împrejurarea în care, deși există disponibilă o anumită tehnologie, utilizarea acesteia rămâne totuși o alegere a fiecărei persoane. În ipoteza în care concepția pe cale asistată ar fi singura variantă compatibilă cu realizarea omului perfect, s-ar putea pune problema ca obținerea acestui rezultat să depindă de necesitatea aplicării unor măsuri de eugenie, realizate într-un mod organizat, poate chiar și sub coerciția statului.

Astfel, curentul transumanist pune în discuție însăși natura umană, poate chiar înainte să cunoaștem pe deplin ce este aceasta.

¹⁹ F. Fukuyama, *Transhumanism*, p. 2, disponibil la <https://philosophy.as.uky.edu/sites/default/files/Transhumanism%20-%20Francis%20Fukuyama.pdf>.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² V. Dobozi, *Aplicații biomedicale care nu alterează identitatea sau integritatea genomului uman, dar pot conduce la discriminare genetică (partea a II-a)*, disponibil la <https://www.juridice.ro/680326/aplicatii-biomedicale-care-nu-altereaaza-identitatea-sau-integritatea-genomului-uman-dar-pot-conduce-la-discriminare-genetica-partea-a-ii-a.html>.

Știința și tehnologia înseamnă evoluție, progres, și orice persoană are așteptări rezonabile în acest sens și dorește să se bucure de resursele oferite de acestea pentru o îmbunătățire a calității vieții, a condiției umane în toate aspectele sale. Pentru ca natura umană să nu fie ignorată și, în același timp, tehnologia să poată fi folosită cu încredere de către persoane și cu respectarea drepturilor acestora, poate că ar trebui găsit un echilibru și identificată o graniță între umanism și transumanism, una care să permită omului să se bucure de avantajele și beneficiile tehnologiei și, totodată, să își păstreze natura umană²³.

O reglementare clară, precisă, transparentă și care să graviteze în sensul îndeplinirii obligației statului de a garanta și ocroti drepturile persoanelor este în mod cert necesară. Acest demers se dovedește a fi unul dificil având în vedere că aspectele supuse legiferării implică aprecieri nu numai de ordin juridic, ci, cu precădere, de natură morală și de etică. Pentru că, în esență, drepturile personalității ar trebui să confere fiecărui subiect de drept aceleași garanții, o reglementare unitară care să protejeze aspectele de bază ale acestora poate că ar fi potrivită, urmând ca acolo unde o marjă de apreciere personală este posibilă, fiecare subiect de drept să aibă prerogativa de a hotărî potrivit propriilor valori.

Propunerea de regulament al Parlamentului European și al Consiliului de stabilire a unor norme armonizate privind inteligența artificială (legea privind inteligența artificială) și de modificare a anumitor acte legislative ale Uniunii²⁴ poate este un început în acest sens. Potrivit obiectivelor acesteia, reglementarea se dorește a fi una echilibrată, transparentă, centrată pe ființa umană, pe respectarea valorilor și a drepturilor sale fundamentale, proporțională și gândită pe gradele de risc pe care inteligența artificială le presupune.

²³ L. Franco, *Transhumanism: Possibility or chimera*, p. 143, disponibil la <https://rac.es/ficheros/doc/02435b2d866d9c19.pdf>.

²⁴ Disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

I.

Coincidentia oppositorum: arestatul preventiv este noul nevinovat?

Coincidentia oppositorum: Is the Pretrial Detainee the New Innocent?

Conf. univ. dr. **Flaviu Ciopec***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: procesul penal, prezumția de nevinovăție, arestat preventiv, privare de libertate, hotărâre penală.

Keywords: criminal proceedings; presumption of innocence; pretrial detainee; deprivation of liberty; criminal judgment.

Arhitectura principiilor procesului penal relevă o relație cel puțin problematică între prezumția de nevinovăție (art. 4 C. pr. pen.) și dreptul la libertate și siguranță (art. 9 C. pr. pen.). Dezbaterea pornește de la natura apodictică a normei prevăzută la art. 4(1) C. pr. pen., respectiv „orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă”. Formula este cert preluată din dispoziția legii fundamentale de la art. 23(11): „Până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de condamnare, persoana este considerată nevinovată”.

Surprinde însă utilizarea verbului „este”, specifică afirmațiilor factuale și științelor empirice, în locul mult mai potrivitului termen „trebuie”, adecvat logicii deontice. Traducând în termeni deontici, norma de mai sus devine: „orice persoană trebuie considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă”. Avantajul acestei formulări este că înlătură percepția comună ce ne spune că o persoană implicată într-un context penal **este departe de a fi considerată nevinovată**, pentru a o înlocui cu experiența ce ne impune să facem efortul de a o considera ca atare. **O persoană nu este pur și simplu nevinovată, ci doar trebuie să o considerăm astfel.** Cu alte cuvinte, mecanismul prezumției de nevinovăție se bazează de fapt pe o ficțiune juridică (procedeu îndrăgit de juriști, ce forțează realitatea pentru a o supune mai bine).

În mod cert, însă, nu poate fi vorba de o ficțiune atunci când în cadrul aceluiași proces penal este necesar să coabiteze ambele instituții: pe de o parte prezumția de nevinovăție, iar pe de alta privarea de libertate. Interogațiile ce se ridică în acel moment sunt numeroase:

* flaviu.ciopec@e-uvt.ro.

- Dacă o persoană trebuie considerată nevinovată, cum se explică posibilitatea arestării ei?

- Din moment ce privarea de libertate se deduce din pedeapsă înseamnă că arestarea preventivă reprezintă o anticipare a pedepsei și atunci ce valoare mai poate avea prezumția de nevinovăție ce impune să se aștepte pronunțarea unei hotărâri definitive de condamnare pentru a fi antrenate consecințe față de persoana în cauză?

- Pragmatismul (ce implică în caz de comitere a unei infracțiuni de omor arestarea preventivă) trece înaintea principiilor?

- Arestatul preventiv (ținut într-o boxă separată, cu cătușe la mâini și plimbat cu escortă) este noul nevinovat? Așa arată nevinovații în procesul penal?

Intenția acestui studiu nu este nici polemică și nici aboliționistă. Nu tinde la înlăturarea măsurilor preventive în numele unei pretinse incongruențe logice și nici nu diabolizează privarea de libertate, recunoscută ca necesară în anumite situații chiar de C.E.D.O. (art. 5). În schimb, studiul de față dorește să propună o interpretare aptă să **concilieze coexistența unor elemente ce apar ca opuse și contradictorii**.

Reglementarea arestării preventive își are sediul în art. 223 C. pr. pen. Textul legal a fost interpretat ca permițând două ipoteze pentru dispunerea arestării preventive. Prima stipulată în art. 223(1), denumită **ipoteza autonomă de condiția pericolului** pentru ordinea publică și cea de-a doua, prevăzută de art. 223(2), ce are în vedere **condiția pericolului** respectiv¹. Pentru coerența interpretării pe care o propunem se impune a analiza pe rând cele două ipoteze.

Prima ipoteză este structurată astfel:

„Măsura arestării preventive poate fi luată de către judecătorul de drepturi și libertăți, în cursul urmăririi penale, de către judecătorul de cameră preliminară, în procedura de cameră preliminară, sau de către instanța de judecată în fața căreia se află cauza, în cursul judecății, numai dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune și există una dintre următoarele situații:

a) inculpatul a fugit ori s-a ascuns, în scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecată, ori a făcut pregătiri de orice natură pentru astfel de acte;

b) inculpatul încearcă să influențeze un alt participant la comiterea infracțiunii, un martor ori un expert sau să distrugă, să altereze, să ascundă ori să sustragă mijloace materiale de probă sau să determine o altă persoană să aibă un astfel de comportament;

c) inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau încearcă să realizeze o înțelegere frauduloasă cu aceasta;

d) există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune sau pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni”.

Elementele esențiale ale interpretării pe care o propunem sunt:

¹ M. Udriou, *Procedură penală. Partea generală*, ed. a 6-a, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2019, pp. 728, 742.

- Arestarea preventivă **nu se dispune în considerarea a ceea ce a făcut inculpatul**. Condiția ca din probe să rezulte suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune nu apare ca fiind suficientă pentru a întemeia o asemenea decizie. Pentru ceea ce a făcut inculpatul urmează ca acesta să răspundă („să-și primească răsplata”) la finele procesului;

- Arestarea preventivă se dispune, având ca premisă suspiciunea rezonabilă că s-a comis o infracțiune, unită cu existența cel puțin a unei împrejurări detaliate la literele a) – d), împrejurări ce sunt **cu necesitate posterioare comiterii infracțiunii**. Situațiile de natura sustragerii de la urmărirea penală sau pregătirile de orice natură în acest scop, interferența cu cursul anchetei prin influențarea unui participant la proces în scopul denaturării probelor, presiunile exercitate asupra persoanei vătămată în scopul obținerii unor avantaje de natură procedurală sau comiterea unei noi infracțiuni ori pregătirea săvârșirii de noi infracțiuni se încadrează în tipologia unui comportament procesual inadecvat;

- Cât timp arestarea preventivă urmează ca o sancțiune nu pentru ce a făcut inculpatul, ci pentru comportamentul ulterior comiterii infracțiunii, **coerența principiului prezumției de nevinovăție este salvată**. Astfel, devine previzibil ca un inculpat, acuzat că a comis o infracțiune, și care nu se dedă la un comportament procesual de tipul celui definit mai sus, nu va fi privat de libertate, indiferent de fapta penală ce i se impută. În consecință, arestarea preventivă întemeiată pe art. 223(1) urmează alte repere decât cele pe care se întemeiază prezumția de nevinovăție;

- Un arestat preventiv nu impersonază, în această interpretare, două principii contradictorii. Arestatul nu este în același timp nevinovat și supus unei pedepse cu anticipație, ci apare ca exponent al unui comportament indisciplinat. **Arestatul preventiv este deci rebelul, cel care refuză ordinea, răzvrătitul, nesupusul, recalcitrantul, omul revoltat, insurgentul, apostatul, ereticul, etc.** Procesul penal este expresia unei ordini juridice și este dependent de asigurarea ordinii. Reacția naturală la conduitele amintite este neutralizarea celui în cauză prin limitarea libertății de mișcare și acțiune de care s-a folosit pentru a tulbura respectiva ordine;

- Arestarea preventivă **nu are deci legătură cu teoria juridică a crimei și a represiunii ei**, ci cu împrejurări mult mai prozaice, ocazionate de maniera în care o persoană se comportă în timpul procesului. **Privarea de libertate este mai degrabă un reflex al supravegherii, al disciplinării și aducerii la ordine decât o consecință a faptei comise**. În această interpretare, coabitarea prezumției de nevinovăție cu privarea de libertate, chiar și privită ca o anticipație a pedepsei, este perfect coerentă și neproblematică.

A doua ipoteză este reglementată după cum urmează:

„Măsura arestării preventive a inculpatului poate fi luată și dacă, din probe, rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârșit o infracțiune intenționată contra [...] [*listă de infracțiuni*] sau o altă infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani ori mai mare și, pe baza evaluării gravității faptei, a modului și a circumstanțelor de comitere a acesteia, a anturajului și a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale și a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia, se constată că privarea sa de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică”.

Interpretarea dezvoltată mai sus nu pare a fi aplicabilă și în această situație. Aceasta pentru că deși se menține situația premisă (comiterea unei infracțiuni), nu mai există un comportament posterior imputabil inculpatului, ci se face referire la o stare de pericol pentru ordinea publică intrinsecă autorului și care evident contaminează și fapta comisă. Aici, nu s-ar mai putea argumenta că privarea de libertate nu se dispune în considerarea a ceea ce a făcut inculpatul, ci dimpotrivă fapta comisă reprezintă împrejurarea esențială ce determină decizia.

Interpretarea pe care o propunem cu privire la această ipoteză este următoarea:

- Arestarea preventivă **se dispune în acest caz nu pentru ce a făcut inculpatul, ci pentru ceea ce este el.** Comiterea unei infracțiuni reprezintă, precum în medicină, doar un simptom al unei boli mult mai grave și care poate fi netratată de mult timp. **Consecvent principiului medical al tratării cauzei, iar nu al efectului,** un judecător nu ar trebui să se uite doar la efect (comiterea unei infracțiuni), ci să identifice cauza (starea patologică ce a determinat efectul și care se exprimă prin efect). De aceea, i se cere judecătorului să procedeze la o analiză a gravității faptei, a modului și a circumstanțelor de comitere a acesteia, a anturajului și a mediului din care acesta provine, a antecedentelor penale și a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia. Relevantă aici este tocmai analiza pe care judecătorul trebuie să o facă persoanei, cu atributele sale: anturaj, mediu de proveniență, istoric comportamental etc.;

- Judecătorul penal trebuie, deci, să facă o **analiză de risc criminologic.** Având acces la informații ce definesc profilul criminologic al inculpatului se poate ajunge la concluzia că individul este tarat, patologic sub aspect moral, că **infracțiunea comisă este doar expresia unei stări maladive ce se poate manifesta oricând și oriunde, etc., iar aceste constatări impun o privare de libertate ca formulă de neutralizare temporară,** similar reflexului medical unde mai întâi se stabilizează pacientul aflat într-o fază acută a bolii și abia apoi se tratează. Din acest punct de vedere, judecătorul dispune privarea de libertate, raportându-se la virtualitățile de comportament ale inculpatului, la ceea ce este el în stare latentă sau iminentă de a face, la nivel predispozițiilor sale și mai puțin la ceea ce este, la comportamentul lui actual. De aici și până la dispunerea unei măsuri pentru un individ „periculos”, dar care nu a materializat cu nimic potențialul său dăunător pare a nu fi decât un mic pas. În realitate, această alternativă distopică nu există întrucât prin efectul legii, condiția premisă trebuie întotdeauna îndeplinită, respectiv suspiciunea rezonabilă că s-a comis o infracțiune. În consecință, există garanția puternică a faptului că nu se va putea ordona niciodată o privare de libertate ante-delictum;

- Problematic este însă **accesul la informațiile relevante ce pot contura profilul criminologic.** În primul rând, există un **deficit în furnizarea unor asemenea informații, întrucât în stadiul actul al legislației referatul de evaluare pentru inculpații majori nu are caracter obligatoriu.** În acest sens, art. 38(1) din Legea nr. 252/2013 privind organizarea și funcționarea sistemului de probațiune² arată că „în situația în care consideră necesar,

² Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 512 din 14 august 2013.

procurorul sau instanța de judecată poate solicita serviciului de probațiune evaluarea inculpatului major”. În al doilea rând, asemenea **informații sunt dificil de obținut în timpul scurt existent de la momentul comiterii faptei și până la judecarea propunerii de arestare preventivă**. Conform art. 38(3) din aceeași lege „raportul de evaluare se întocmește și se comunică în termen de 21 de zile de la data primirii solicitării la serviciul de probațiune”. În al treilea rând, există un **impediment principal ca raportul de evaluare să prezinte temeiul exclusiv ce stă la baza luării deciziei, întrucât ar echivala cu o delegare de competență de la judecător la un expert**. Potrivit art. 39 din Legea nr. 252/2013, raportul de evaluare prevăzut la art. 38 conține date privind responsabilitățile familiale și sociale ale persoanei, situația educațională și profesională, conduita generală, analiza comportamentului infracțional, riscul de săvârșire a unor infracțiuni, precum și orice alte date relevante pentru situația persoanei. Raportul de evaluare poate face referire și la starea de sănătate a persoanei, la nivelul de dezvoltare morală și intelectuală a acesteia, în măsura în care acestea au influențat comportamentul infracțional. Pe baza datelor prevăzute la alin. (1) și (2), consilierul de probațiune formulează, în raportul de evaluare, propuneri motivate privind măsurile considerate oportune din perspectiva reducerii riscului săvârșirii de infracțiuni. Propriu-zis prin conținutul său, referatul de evaluare are **caracter comprehensiv**, adică trebuie să răspundă la toate întrebările pe care situația-problemă a comiterii faptei le-a creat. Complexitatea raportului este însă greu conciliabilă cu timpul scurt în care trebuie luată decizia și cu instrumentele precare de investigare existente la dispoziția sistemului de probațiune. În plus, judecătorul penal este prea puțin acomodat cu o atribuția de evaluare a riscului criminologic, ceea ce creează premisele, cum arătam mai sus, ca realmente decizia să fie concedată consilierului de probațiune;

- Cunoașterea inculpatului, ca subiect al măsurii preventive, este în mod cert o **condiție pentru ordonarea privării de libertate**. Lucrurile se complică întrucât practica judiciară a arătat că majoritatea deciziilor de arestare se întemeiază pe art. 223(2), ceea ce înseamnă că ipoteza arestării preventive pe temeiul existenței unui pericol pentru ordinea publică are caracter principal, în timp ce prima ipoteză autonomă în raport cu pericolul are caracter marginal. Prin urmare, **cum va reuși judecătorul penal să ia o decizie corectă, bazată pe cunoașterea reală a inculpatului, este și rămâne dificil**. O „soluție” ar putea veni de la limitarea analizei judecătorului la aspectele obiective ale speței (gravitatea faptei, modul și circumstanțele de comitere, existența unui cazier judiciar). Această abordare nu numai că **trădează spiritul reglementării ce reclamă în mod cert cunoașterea persoanei și nu doar a faptei**, dar rămâne problematică și sub aspectul concilierii cu prezumția de nevinovăție. Cât timp arestarea preventivă se dispune doar pe baza faptei comise, prezumția nu are cum să nu fie atinsă. O altă soluție ar putea veni din recunoașterea caracterului excepțional al arestării preventive și din descurajarea judecătorilor de a o mai dispune altfel decât ca *ultima ratio*. Această abordare evită problema, mai degrabă decât o rezolvă și oricum pentru ipotezele în care, ca ultim remediu, se impune necesitatea luării măsurii, persistă chestiunile nerezolvate expuse anterior. Ar mai putea fi identificată și **soluția renunțării la arestarea condiționată de existența unui pericol pentru ordinea**

publică, în contextul în care art. 5 din C.E.D.O. nu o prevede și există un potențial risc de incompatibilitate cu dispozițiile dreptului european în materie. Renunțarea are dezavantajul că ar submina pe termen scurt efortul de *crime control* al autorităților judiciare. Pe termen lung, ar putea fi însă regândite dispozițiile art. 223(1), în sensul de a include o serie de **prezumții de sustragere sau fugă** în cazul infracțiunilor grave sancționate cu pedepse ridicate. În asemenea situații, ar opera o inversare a sarcinii probei, astfel că inculpatul acuzat de o infracțiune gravă ar trebui să probeze că există suficiente garanții pentru diminuarea riscului de sustragere de la anchetă sau fugă în străinătate. Operarea cu prezumții în materie penală a fost recunoscută ca validă de către Curtea de la Strasbourg și oricum ar oficializa o situație de fapt ce în multe cazuri există deja, când privarea de libertate se dispune automat numai pentru că acuzația vizează fapte grave;

- Soluția veritabilă pentru a păstra puritatea modelului doctrinar al cunoașterii inculpatului ca subiect supus măsurii preventive ar fi **specializarea judecătorilor penali** pe latura criminologică, precum și **ranforsarea aparatului de experți** în materie care să pună în mod obligatoriu la dispoziția organelor judiciare evaluări de risc în cazul infractorilor majori. Amânarea acestei decizii creează un **risc sistemic de insecuritate juridică** atât cu privire la temeiurile arestării, ce devine astfel una automată, cât și cu privire la rigorile impuse de prezumția de nevinovăție, ce pare un principiu fără forță efectivă.

II.

Arestatul preventiv este (în continuare) nevinovat

The Pretrial Detainee is (Still) Innocent

*Conf. univ. dr. Adrian Fanu-Moca**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

În răspuns la studiul propus de domnul conf. univ. dr. Flaviu Ciopec, arăt că sunt de acord cu cele două ipoteze identificate de domnia sa în relație cu arestarea preventivă în contextul legislativ actual din România, precum și cu concluzia acestuia conform căreia „coabitarea prezumției de nevinovăție cu privarea de libertate, chiar și privită ca o anticipație a pedepsei, este perfect coerentă și neproblematică”. Arestarea preventivă dispusă în ipoteza reglementară a art. 223(1) C. pr. pen. este „un reflex al supravegherii, al disciplinării și aducerii la ordine” și nu „o consecință a faptei comise”.

* adrian.fanu@e-uvt.ro.

În ceea ce privește, însă, a doua ipoteză a arestării, cea generată de dispozițiile art. 223(2) C. pr. pen., opinia mea se distanțează de cea a autorului, apreciind că trimiterea la logica deontică nu își găsește locul în acest context, exprimarea legiuitorului care uzează de verbul „a fi” la prezent („este”) e cea corectă, acesta netrebuind înlocuit cu verbul „a trebui” la prezent („trebuie”), „sollen”-ul negăsindu-și loc în acest context.

În primul rând, autorul afirmă că „natura apodictică a normei prevăzută la art. 4 (1) C. pr. pen.” derivă, fiind preluată, „din dispoziția legii fundamentale de la art. 23(11)”, neluând în calcul dispozițiile art. 6 (2) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale care edictează: „Orice persoană acuzată de o infracțiune este prezumată nevinovată până ce vinovăția sa va fi legal stabilită” (*s.n. A. F.-M.*).

La o simplă lectură, se poate observa că textul art. 4 (1) C. pr. pen. este mult mai apropiat de cel al art. 6 (2) din Convenție decât de cel al art. 23 (11) din Constituție. Cert este însă că, nu întâmplător toate cele trei texte utilizează verbul „a fi” („este”) la prezent.

Textele românești - art. 4 (1) C. pr. pen. și art. 23 (11) din Constituția revizuită - folosesc expresia „este considerată nevinovată”, în vreme ce textul convențional al art. 6(2) o folosește pe aceea de „este prezumată nevinovată”. Cu toate acestea, art. 4 C. pr. pen. are denumirea marginală „Prezumția de nevinovăție”, deși poziționează acest text în Titlul I al Părții generale a Codului de procedură penală cu denumirea „Principiile și limitele aplicării legii procesuale penale”. Prin urmare, în concepția legiuitorului procesual penal român, „presumția de nevinovăție” este un principiu al aplicării legii procesuale penale! Dacă este un principiu de o asemenea importanță, greu de acceptat că o astfel de normă călăuzitoare este calată pe mecanismul juridic al prezumției.

În realitate, din analiza textelor antecitate, rezultă cu puterea evidenței că nu ne aflăm în fața unei prezumții în sens juridic, neexistând un mecanism logic specific acesteia, care să conducă la o concluzie trasă de lege (sau de un organul judiciar) asupra existenței unui fapt necunoscut și care nu poate fi dovedit direct, prin confirmarea unui fapt cunoscut, vecin și conex. De aceea textele normative românești nici nu utilizează sintagma „este prezumată”, ci pe aceea de „este considerată”, sensul noțiunii de „presumție” din denumirea marginală a art. 4 C. pr. pen. („Prezumția de nevinovăție”) fiind acela din limbajul comun de „presupunere”, verbul „a prezuma” având sensul de „a presupune, a crede...”, sens în care acesta instituie un veritabil principiu călăuzitor în aplicare normelor procesuale penale.

Prezumția de nevinovăție este, astfel, o regulă de maximă importanță a procesului penal care impune organelor judiciare obligația de a acționa de o asemenea manieră încât să considere că suspectul/inculpatul este nevinovat până la pronunțarea unei hotărâri penale definitive de condamnare. Din această cauză, în faza de urmărire penală, procurorul are obligația de a administra probe atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului/inculpatului, art. 5(2) C. pr. pen. dispunând: „Organele de urmărire penală au obligația de a strânge și de a administra probe atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului sau inculpatului. Respingerea sau neconsemnarea cu rea-credință a probelor propuse în favoarea suspectului sau inculpatului se sancționează conform dispozițiilor prezentului cod.”

Pe de altă parte, „prezumția” de nevinovăție este un drept (fundamental) al omului – suspect (*de facto*) sau inculpat, care se activează *de plano* în momentul în care „orice persoană” devine urmărit penal. E atât de „puternic” acest drept încât el devine efectiv chiar înainte ca persoana să devină oficial suspect, de la momentul în care acesta este doar suspect *de facto* și este audiat ca martor, așa cum prevede art. 118 (1) C. pr. pen. în configurația lui actuală, și se menține chiar și după ce inculpatul își „recunoaște vinovăția” în procedura prevăzută de art. 375 C. pr. pen., de vreme ce instanța poate pronunța față de acesta soluții de achitare întemeiate pe dispozițiile art. 16 (1) lit. a) și b) teza întâi C. pr. pen.

În al doilea rând, sunt de acord cu teza autorului în ceea ce privește „analiza de risc criminologic” pe care este chemat judecătorul de drepturi și libertăți să o facă atunci când propunerea de arestare preventivă este întemeiată pe dispozițiile art. 223 (2) C. pr. pen., precum și cu critica sistemului judiciar actual care se află, practic, în imposibilitate obiectivă de a o realiza pe criteriile criminologice într-un termen atât de scurt. Cu toate acestea, soluția propusă de autor, conform căreia ar putea fi „regândite dispozițiile art. 223(1), în sensul de a include o serie de prezumții de sustragere sau fugă în cazul infracțiunilor grave sancționate cu pedepse ridicate”, ceea ce ar genera „o inversare a sarcinii probei, astfel că inculpatul acuzat de o infracțiune gravă ar trebui să probeze că există suficiente garanții pentru diminuarea riscului de sustragere de la anchetă sau fugă în străinătate”, cred că ar înfrânge în mod iremediabil „prezumția” de nevinovăție. Aceasta pentru că, spre deosebire de dispozițiile art. 223 (1), unde textul cere ca inculpatul să facă ceva „rău” după comiterea infracțiunii în legătură cu care este fundamentată suspiciunea rezonabilă, în situația propusă de autor, acestuia i s-ar instaura niște prezumții, sarcina probei împotriva acestora și cu scopul răsturnării lor revenindu-i inculpatului, deși, în relație cu realitatea socială, el nu a mai făcut nimic „rău” ulterior comiterii infracțiunii.

Soluția, pornind de la argumentele de *crime control* și analiză criminologică, cred că ar fi alta. Și anume, oferirea unui timp mai lung organelor judiciare și celor din cadrul serviciului de probațiune, prin posibilitatea augmentării termenului măsurii preventive a reținerii până la o limită rezonabilă de 72 de ore, cum e în alte sisteme de drept, în care procurorul să poată cere, anterior sesizării judecătorului de drepturi și libertăți cu propunerea de arestare preventivă întemeiată pe dispozițiile art. 223 (2) C. pr. pen., efectuarea unui raport de analiză criminologică unui specialist din cadrul serviciului de probațiune, care să verifice condițiile impuse de acest text.

În contextul normativ actual, când arestarea poate fi dispusă ca măsură preventivă, inclusiv pe rațiunea protejării ordinii publice de un potențial „pericol”, apreciez că „prezumția” de nevinovăție nu va fi afectată atâta timp cât se identifică „necesitatea” luării acestei măsuri ca *ultima ratio* și numai în contextul iminenței stării de pericol. Textul art. 223 (2) C. pr. pen., citit cu atenție, impune („trebuie”) a se constata „că privarea sa de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică”, dar numai după ce a fost instaurată în legătură cu persoana inculpatului suspiciunea rezonabilă că a comis cel puțin o infracțiune dintre cele menționate în lista menționată. În această ipostază procesuală, suspiciunea rezonabilă că a comis infracțiunea activează textul, iar

măsura preventivă se ia „pentru ce este inculpatul”, nu pentru fapta comisă, care va fi judecată ulterior, astfel că prezumția de nevinovăție nu este abandonată.

În actualul context reglementar, arestatul preventiv este și rămâne prezumat nevinovat, astfel că între art. 4 (1) și art. 223 C. pr. pen. nu există un conflict, mai ales că în sistemul nostru de drept arestarea preventivă nu are valoarea unei „arvune” din pedeapsă, ea neputând fi luată pe temeiul că judecătorul anticipează aplicarea unei pedepse privative de libertate în cauză.

I.

Conexiuni familiale în contextul măsurii plasamentului – menținerea legăturilor de familie cu ajutorul tehnologiei digitale

Family Connections in the Context of the Placement measure – Maintaining Family Bonds with the Help of Digital Technology

*Asist. univ. dr. Ana-Maria Goldan**
Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași
Facultatea de Drept

Cuvinte cheie: plasament, tehnologie, relații personale, familie.

Keywords: placement; technology; personal relationships; family.

1. Introducere

Secolul al XXI-lea este marcat de dezvoltarea tehnologiei și de promovarea inteligenței artificiale. Acest nou context socio-cultural se caracterizează prin utilizarea instrumentelor digitale în viața de zi cu zi, inclusiv în mediul familial. Prin urmare, au apărut diverse preocupări legate de influența pe care tehnologia digitală o are asupra vieții de familie, în contextul măsurii plasamentului. În cele ce urmează, vom expune câteva idei generale privitoare la efectele juridice generate de impactul tehnologiei asupra relațiilor de familie, pe durata instituirii măsurii plasamentului. Astfel, va fi analizată capacitatea părinților de a menține legături personale cu minorul precum și posibilitatea pe care le-o oferă tehnologia de a le insufla acestora sentimente de siguranță, încredere și dragoste. Totodată, vom analiza dacă noile tehnologii subminează însăși respectarea principiului interesului superior al copilului.

2. Tehnologia digitală, un panaceu al măsurilor de protecție specială?

Dintre toate instituțiile existente în dreptul actual, familia a avut, probabil, cel mai mult de suferit, cel puțin în ultimii ani, din pricina reglementărilor controversate în domeniu. Astfel, putem afirma, fără teama de a greși, că instituția familiei se află pe nisipuri mișcătoare¹. Concomitent cu evoluția familiei se înmulțesc și instrumentele de comunicare²,

* e-mail: maria.goldan@uaic.ro.

¹ A.-M. Goldan, *Relații maritale și filiale în dreptul privat comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 23 și urm.

² François Régnier, *Tehnologie numérique et impact socioculturel*, în Hegel, 2012, vol. 1, nr. 1, pp. 23-27, DOI 10.3917/heg.021.0023.

aspect susținut de mize economice și legislative mari. În prezent, tehnologia digitală a ajuns să înlocuiască, modest, tipul cognitiv al muncii oamenilor, nefiind vorba despre un adevărat schimb, întrucât digitalizarea se află, deocamdată, în perioada „adolescenței”. Toate aceste schimbări au la bază setea de cunoaștere a omului contemporan, asociată cu nevoia de a acumula experiență. Întrucât omul este o ființă socială, influența tehnologiei digitale și informaționale se va manifesta și asupra vieții sale sociale, fie că vorbim despre relații maritale sau filiale. Copiii, axul central al vieții de familie, reprezintă o țință privilegiată, deoarece ei folosesc aceste noi instrumente de comunicare în mod intensiv și timpuriu, inclusiv în sfera educațională³. Este de notorietate faptul că, în prezent, tehnologia are ca efect simplificarea accesului la educație, la diverse materiale necesare în procesul educațional precum și faptul că, presupune ca tinerii să-și dezvolte un ritm propriu de învățare.

Aparte de avantajele tehnologiei în procesul educațional spunem că, utilizarea ei poate contribui și la diversificarea modurilor concrete prin care se exprimă legăturile de familie, în special în timpul măsurii plasamentului, respectiv a modificării locuinței minorului. Potrivit art. 399 C. civ. român, „în mod excepțional, instanța de tutelă poate hotărî plasamentul copilului la o rudă sau la o altă familie ori persoană, cu consimțământul acestora, sau într-o instituție de ocrotire. Acestea exercită drepturile și îndatoririle care revin părinților cu privire la persoana copilului. Instanța stabilește dacă drepturile cu privire la bunurile copilului se exercită de către părinți în comun sau de către unul dintre ei”. Măsura plasamentului are caracter temporar⁴, motiv pentru care legiuitorul român s-a gândit la păstrarea, pe cât posibil, a relațiilor de familie. În acest sens, amintim că părintele firesc are dreptul, în continuare, de a consimți la adopția copilului⁵, respectiv dreptul de a păstra legături personale cu minorul, dacă instanța decide că este în interesul superior al acestuia din urmă⁶. Totodată, potrivit art. 17 din Legea nr. 272/2004 „copilul are dreptul de a menține relații personale și contacte directe cu părinții, rudele, precum și cu alte persoane față de care copilul a dezvoltat legături de atașament”. În continuare, în cadrul art. 18 din Legea nr. 272/2004 se precizează concret și modalitatea de desfășurare a relațiilor personale cu minorul, acestea putând consta într-o serie de întâlniri periodice sau vizite precum și în „corespondență ori altă formă de comunicare cu copilul”.

Din analiza celor expuse mai sus, observăm astfel că, sistemul juridic din România prevede o ajustare a legăturilor familiale, fără a indica expres spațiile socio-digitale. În acest sens, este necesar să înțelegem modul de organizare a corespondenței digitale, în contextul măsurii plasamentului, și felul în care tehnologia structurează legăturile de familie. Fără a prezice intensitatea legăturilor construite deducem că tehnologia digitală contribuie la menținerea și dezvoltarea relațiilor dintre părinți și copii. Totuși, conexiunile la distanță

³ M. Capriș, *L'internet, espace de l'éducation interculturelle dans l'Union Européenne*, Ed. Lumen, Iași, 2009, p. 45.

⁴ Art. 62 Legea nr. 272/2004.

⁵ Art. 66 alin. (4) din Legea nr. 272/2004.

⁶ Art. 14 din Legea nr. 272/2004.

depind de experiențele anterioare ale familiei, de traseul pe care îl va avea copilul asupra căruia s-a instituit măsura plasamentului, precum și de alegerile negociate de a menține relația sau, dimpotrivă de a o repudia.

În prezent, măsura plasamentului nu mai presupune protejarea copilului și, implicit, repudierea familiei, ci integrarea acesteia în măsura de protecție⁷. Potrivit art. 58 din Legea nr. 272/2004 se prevede faptul că, obiectivul planului individualizat de protecție este reprezentat de reintegrarea copilului în familie. Acest nou parteneriat presupune, în practică, exercitarea unei pseudo-autorități părintești cu privire la actele importante, respectiv menținerea legăturilor familiale. Întrucât sunt situații în care se exercită și un drept de vizită, unii specialiști au conchis că o astfel de conlucrare poate presupune și dificultăți⁸. Autoritatea părintească va fi greu de exercitat întrucât va presupune o împărțire inechitabilă a responsabilităților, în cadrul căreia unii preiau sarcinile zilnice, iar alții se mulțumesc cu vizite și legături digitale. Acest parteneriat îmbracă, în realitate, forme nuanțate care se bazează pe o descalificare a părinților și pe o implicare activă a profesioniștilor. Intervenția tehnologiei digitale va conduce la o răsturnare a situației prestabilite, întrucât va presupune modificarea posibilităților de comunicare și va permite actorilor implicați să modeleze relațiile familiale, fără implicarea unor profesioniști. În acest sens, spunem că părinții, copiii aflați în plasament și frații acestora vor profita, în mod independent, de potențialul care le este oferit de tehnologie, pentru a fi, în continuare, o familie.

Grație tehnologiei, va avea loc o reînnoire a activităților colective și va rezulta o nouă modalitate de a construi și menține relațiile la distanță, în timpul măsurii plasamentului. Aceste practici vor fi adesea puse sub semnul întrebării de către juriști, întrucât principiile care guvernează dreptul familiei, în general, sunt comparate cu practicile instanțelor și cu temeiurile folosite de judecători în materie de corespondență digitală. Atunci când sănătatea și siguranța unui minor nu pot fi garantate, ori când educația și dezvoltarea sa fizică, emoțională, intelectuală și socială sunt compromise, judecătorul poate pronunța o decizie care să vizeze măsura plasamentului. Fiind o măsură excepțională, ea poate fi luată în considerare doar dacă există o necesitate dovedită. Sunt suficiente deciziile ale instanțelor prin care ni se amintește despre importanța păstrării mediului familial, precum cauza R. împotriva Regatului Unit, nr. 10496/83, cauza Olsson împotriva Suediei, nr. 10465/83 ori cauza Barnea și Căldăraru împotriva Italiei, nr. 37931/15. Într-adevăr, pentru un părinte și copilul său, a fi împreună reprezintă un element fundamental a vieții de familie.

În situația în care instanța va decide asupra măsurii plasamentului, legăturile de familie pot fi mutate, în mare parte, în mediul online. Astfel de legături pot fi preexistente sau pot fi activate ca urmare a despărțirii, prin achiziționarea unui echipament specific (un telefon sau un ceas inteligent, cu ajutorul căruia copilul să poată menține legătura cu familia sa).

⁷ Jacques Bourquin, *Genèse de l'ordonnance du 23 décembre 1958 sur l'enfance en danger*, în *Revue d'histoire de l'enfance irrégulière*, 2007, pp. 151–164, DOI: <https://doi.org/10.4000/rhei.3013>.

⁸ Mirca Madianou, *Smartphones as Polymedia*, în *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 19, nr. 3, 2014, pp. 667-680, DOI: <https://doi.org/10.1111/jcc4.12069>.

Versatilitatea instrumentelor de comunicare va face posibilă ajustarea relațiilor personale, acestea variind de la o formă de co-prezență continuă până la schimburi ocazionale de informații. Nu trebuie să ometem faptul că, măsura de protecție se va institui, rareori, la inițiativa minorului. În consecință, el va trebui să își însușească noul statut, să înțeleagă riscul sau pericolul prin care a trecut, respectiv să accepte schimbarea mediului. Această muncă psihosocială, care îi revine copilului aflat în plasament, va fi susținută și de munca profesioniștilor. De cele mai multe ori, însă, expertiza profesionistului este departe de cea a minorului. De aici va începe o nouă etapă în care, profesionistul trebuie să își facă loc în viața minorului. Când se va crea relația educațională, minorii vor putea împărtăși sentimentele pe care le au și vor fi sensibili la respectarea măsurii de protecție. Dacă, dimpotrivă, măsura plasamentului este privită de către copil precum o constrângere, el va încerca să păstreze legăturile familiale, prin orice mijloace posibile, chiar dacă acest lucru i-ar afecta situația. Copilul arată astfel că, locul actual pe care îl ocupă este unul temporar.

3. Concluzii

În concluzie, pentru a construi o distanță echitabilă între măsura plasamentului și relațiile de familie, este important ca fiecare să rămână la locul său și să-și asume rolul. Astfel de practici de corespondență digitală, în contextul plasamentului, solicită instituirea unui nou cadru legal prin care să se reglementeze organizarea și funcționarea autorității părintești.

Legiuitorul trebuie să pună în discuție dreptul de corespondență digitală în economia generală a măsurii plasamentului, precum și organizarea unei astfel de măsuri, respectiv situațiile în care principiul interesului superior al copilului ar fi afectat. Această reglementare informală a utilizărilor digitale devine problematică, din pricina a două chestiuni: scopul instituirii măsurii plasamentului și exercitarea efectivă a autorității părintești într-o asemenea măsură. Scopul măsurii plasamentului este acela de a preveni dificultățile cu care se pot confrunta părinții în exercitarea responsabilităților, de a sprijini familiile și de a asigura, dacă este cazul, îngrijirea parțială sau totală a minorilor. Măsura plasamentului duce de cele mai multe ori la o slăbire a legăturilor de familie, la interpunerea unui terț și la separarea geografică, însă trebuie avută în vedere și reunirea familiei. Potrivit art. 8 și 9 din *Convenția europeană a drepturilor omului*, dreptul la menținerea relațiilor de familie reprezintă un drept interpersonal și fundamental, chiar și în contextul măsurii plasamentului. Prin urmare, dreptul la corespondență digitală devine o componentă esențială a dreptului de a menține relații de familie, întrucât generalizarea acestuia și diversitatea utilizărilor sale contribuie la întărirea legăturilor personale. Legea nu-i impune judecătorului să se pronunțe asupra acestui drept, drept urmare nici nu-i interzice să-l restrângă dacă interesul superior o cere. Putem spune că, într-o astfel de situație, principiul interesului superior al copilului reprezintă un panaceu al practicii judiciare, în motivarea deciziei privitoare la corespondența digitală a minorului aflat în plasament. O a doua dificultate se referă la organizarea și punerea în aplicare a exercitării autorității părintești în

cadrul unei măsuri de plasament. Într-adevăr, dacă instanța nu decide altfel, părinții își păstrează anumite drepturi și obligații, în ciuda instituirii măsurii de protecție. Aceștia împărtășesc cu terții autoritatea părintească și sunt încurajați să redobândească drepturile pierdute temporar. Ei pot păstra relațiile personale cu minorul, pot exercita un drept de vizită și astfel, pot redobândi relația filială de încredere și siguranță. Nu există urmă de îndoială că utilizarea corespondenței digitale, în contextul unei măsuri de protecție, va face parte, din ce în ce mai mult, din tabloul reflecțiilor juriștilor și ale practicienilor. Chiar dacă nu va conduce dezvoltarea propriu-zisă a relațiilor de familie, cu siguranță tehnologia va contribui, măcar, la construirea unei amintiri de familie.

II.

Face Time to no Time

*Conf. univ. dr. Adina R. Motica**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Citind și meditănd asupra temei abordate de doamna asist. univ. dr. Ana-Maria Goldan în articolul intitulat *Conexiuni familiale în contextul măsurii plasamentului – menținerea legăturilor de familie cu ajutorul tehnologiei digitale*, ne-am întrebat în ce măsură practicile de corespondență digitală, în contextul plasamentului, solicită instituirea unui nou cadru legal prin care să se reglementeze organizarea și funcționarea autorității părintești.

Pentru a încerca să creionăm un răspuns la această întrebare, se impune ca, mai întâi, să răspundem la alte 3 întrebări și anume:

1. Care este finalitatea plasamentului?
2. Care sunt situațiile concrete în care legătura dintre familia de origine, părinți în special, și copilul ocrotit prin măsura plasamentului există și poate fi menținută cu mai mare succes prin apelarea la tehnologia digitală?
3. Care este autoritatea care instituie plasamentul și ar putea să decidă cu privire la modul în care se exercită de către părinți dreptul de a vizita copilul și de a menține legătura cu acesta?

În cele ce urmează, prin răspunsurile la cele 3 întrebări vom încerca să radiografiem scheletul de bază, comun tuturor situațiilor în care se poate afla copilul față de care s-a luat măsura plasamentului, al familiei în care acesta se dorește a fi reintegrat și cu care copilul ar trebui să păstreze legătura prin utilizarea tehnologiei digitale, precum și a cauzelor care

* adina.motica@e-uvt.ro.

au dus la instituirea măsurii de ocrotire, însă fără a pierde din vedere faptul că ne aflăm pe un teren în care particularitățile situației fiecărui caz în parte sunt primordiale și nu secundare.

Se impune precizat chiar de la început faptul că atât Codul civil, cât și celelalte acte normative privind protecția copilului, instituie ca regulă pe care se construiește întregul eșafodaj de reglementări privind ocrotirea copilului aceea că aceasta se realizează prin părinți, primordialitatea acesteia rezultând din modul în care sunt configurate toate drepturile și obligațiile părintești.

Cu toate acestea, în practică există numeroase situații în care părinții, atunci când aceștia sunt în viață și sunt cunoscuți, nu pot, nu își doresc sau acestora le lipsesc abilitățile necesare de a-și îndeplini obligațiile părintești, copilul aflându-se într-o situație în care, pentru protecția sa se apelează la măsura plasamentului, prin scoaterea lui din mediul familial și instituirea unei măsuri alternative de protecție.

Astfel, art. 44 din Legea nr. 272/2004 ne spune că orice copil care, în mod temporar sau definitiv, este lipsit de ocrotirea părinților săi, sau care, în vederea protejării intereselor sale, nu poate fi lăsat în grija acestora, are dreptul la măsuri de protecție alternativă, care constau în instituirea tutelei, a măsurilor de protecție specială prevăzute de Legea nr. 272/2004, sau a adopției.

Măsurile de protecție specială reglementate de actul normativ amintit sunt plasamentul, plasamentul în regim de urgență și supravegherea specializată, legiuitorul reglementând instituția plasamentului sub forma unei măsuri cu caracter temporar, o veritabilă alternativă provizorie la mediul familial din care copilul este scos, fiind „plasat” la o persoană sau familie, la un asistent maternal sau unui serviciu de tip rezidențial, care, în accepțiunea art. 123 din Legea nr. 272/2004, se refera la toate serviciile care asigură găzduire pe o perioadă mai mare de 24 de ore, fiind organizate pe model familial și putând avea caracter specializat, în funcție de nevoile fiecărui copil în parte.

1. Finalitatea plasamentului ca mijloc de ocrotire a copilului care a fost separat de familia sa este reintegrarea acestuia într-un mediu familial stabil și permanent în cel mai scurt timp, deziderat care se realizează în mod

2. Beneficiarii măsurilor de protecție prin măsura plasamentului sunt copiii lipsiți de ocrotire părintească cu privire la care „nu a fost posibilă instituirea tutelei”, art. 60 al Legii nr. 272/2004 enumerând următoarele categorii de copii:

„a) copilul ai cărui părinți sunt decedați, necunoscuți, decăzuți din exercițiul drepturilor părintești sau cărora li s-a aplicat pedeapsa interzicerii drepturilor părintești, care beneficiază de consiliere judiciară dacă aceștia nu pot exercita, potrivit legii, autoritatea părintească, sau de tutelă specială, declarați judecătorește morți sau dispăruți, când nu a putut fi instituită tutela;

b) copilul care, în vederea protejării intereselor sale, nu poate fi lăsat în grija părinților din motive neimputabile acestora;

c) copilul abuzat sau neglijat;

d) copilul găsit sau copilul părăsit în unități sanitare;

e) copilul care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală și care nu răspunde penal”.

De cele mai multe ori copiii în privința cărora se instituie măsura plasamentului fac parte din prima categorie prevăzută în cuprinsul art. 60 lit. a) din Legea nr. 272/2004, respectiv copii ai căror părinți sunt decedați sau necunoscuți și pentru care nu se mai poate vorbi despre păstrarea legăturilor acestora cu părinții săi. În cazul în care autoritățile competente fac demersuri pentru identificarea părinților copilului abandonat și aceștia sunt identificați, se va încerca integrarea copilului în familie, dacă și părinții își manifesta dorința în acest sens, caz în care planul individualizat de protecție va fi configurat în așa fel încât să se poată realiza în cel mai optim mod o legătură de atașament între copil și părinții săi, situație asemănătoare cu cazul copilului la care se face referire în cuprinsul art. 60 lit. d) din Legea nr. 272/2004.

În situația prevăzută în cuprinsul art. 60 lit. c) din Legea nr. 272/2004 în care copilul este abuzat fizic, emoțional sau sexual, ori agresat de ambii părinți, sau de către singurul părinte în viață, sau când celălalt părinte este dispărut ori se află în imposibilitatea de a exercita drepturile părintești, instanța va lua măsura plasamentului copilului la bunici, la o altă persoană din familia extinsă a copilului sau la un serviciu de tip rezidențial. Într-un astfel de caz este evident faptul că o astfel de măsură va fi însoțită și de asigurarea securității copilului, în sensul interzicerii oricărui contact al părintelui agresor cu acesta⁹.

Cât privește neglijența, care presupune lipsirea copilului de îngrijire și ocrotire, prin expunerea acestuia la orice fel de pericol, inclusiv frigul sau înfometarea, care are ca efect deteriorarea gravă a sănătății sau dezvoltării copilului, la fel ca în cazul în care părinților le lipsesc abilitățile parentale, presupune intervenția unui psiholog care să asiste managerul de caz în vederea găsirii celor mai eficiente măsuri pentru ca programul de reintegrare a copilului în familie să se realizeze cu succes.

Situația copilului care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală și care nu răspunde penal este diferită față de toate celelalte situații în care se poate afla copilul pentru care se poate institui măsura plasamentului prevăzute în cuprinsul art. 60 din Legea nr. 272/2004 la lit. a)-d), întrucât aici copilul este luat din mediul familial datorită faptului că nu își îndeplinește obligațiile corespunzătoare măsurii supravegherii specializate, dar și pentru că, așa cum s-a reținut în literatura de specialitate¹⁰ „prin această măsură, copiii care au săvârșit fapte penale sunt apărați de incidența factorilor care au favorizat comiterea faptelor contrare legii și mediului infracțional”, ceea ce, de cele mai multe ori, presupune o atență monitorizare a modului în care copilul interacționează cu părinții săi, pentru a se minimiza orice risc de influențare a acestuia în continuarea activității infracționale, mai ales în situația în care aceasta se datorează comportamentului neglijent sau culpabil al părinților.

Prin urmare, se poate observa că doar copiii enumerați în cuprinsul art. 60 lit. b) din Legea nr. 272/2004 sunt cei în privința cărora păstrarea legăturilor este nu numai posibilă ci

⁹ Pentru mai multe a se vedea C. M. Crăciunescu, *Ocrotirea copilului în contextul violenței domestice*, în Revista de Dreptul Familiei nr. 1/2023, p. 143.

¹⁰ D. Lupașcu. M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ed. a III-a, amendată și actualizată, nr. 1/2023, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 627.

și obligatorie pentru încetarea măsurii de plasament și reintegrarea acestora în familia de origine.

Problema care se pune însă în cazul acestora este că, de cele mai multe ori, motivele neimputabile părinților pentru care copilul nu poate fi lăsat în grija lor au legătură cu o stare materială precară care nu le permite părinților să ofere copilului condiții minime de trai pentru dezvoltarea sa armonioasă pe toate nivele. Este cazul familiilor cărora le lipsește un acoperiș deasupra capului, a celor fără venituri sau cu venituri foarte mici ori insuficiente pentru a acoperi nevoile, mai ales când în familie există mai mulți copii. De cele mai multe ori, în astfel de cazuri, părinții nu au un loc de muncă, sau nu au un loc de muncă stabil, putându-se vorbi despre o stare de sărăcie, iar combinația dintre nivelul scăzut al educației și lipsa resurselor financiare duce la condiții de trai precare din punctul de vedere al igienei, care, la rândul său, are un impact semnificativ asupra stării de sănătate a acestor familii.

În această situație este foarte greu să ne imaginăm că o astfel de familie și-ar putea permite să achiziționeze dispozitivele electronice necesare pentru a putea păstra legătura cu copilul cu ajutorul tehnologiei digitalizate.

3. Măsura plasamentului se stabilește de către comisia pentru protecția copilului, atunci când există acordul părinților în acest sens, pentru copilul care nu poate fi lăsat în grija părinților, din motive neimputabile acestora, respectiv pentru copilul care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală și care nu răspunde penal. În cazul în care părinții nu își dau acordul pentru instituirea plasamentului, măsura se stabilește de către instanța de judecată.

De asemenea, dacă se impune înlocuirea plasamentului în regim de urgență, dispus de către Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului, la cererea acesteia din urmă, instituirea măsurii plasamentului se stabilește de către instanța de judecată și pentru situațiile copilului ai cărui părinți sunt decedați, necunoscuți, decăzuți din exercițiul drepturilor părintești sau cărora li s-a aplicat pedeapsa interzicerii drepturilor părintești.

Prin urmare, se poate observa faptul că în ceea ce privește competența de instituire a plasamentului aceasta este una dublă: pe de o parte, competența revine Comisiei pentru protecția copilului din cadrul Direcției Generale de Asistență Socială și Protecția Copilului, caz în care se constituie o echipă pluridisciplinară care, împreună cu managerul de caz, stabilește planul individualizat de protecție a copilului, care va cuprinde și programul cel mai potrivit pentru copil și pentru părinți și care are ca finalitate reintegrarea copilului în familia de origine, pe de altă parte, atunci când competența îi revine instanței judecătorești, se poate observa faptul că legiuitorul nu a prevăzut în mod expres că judecătorul trebuie să se pronunțe și cu privire la modalitatea în care vor fi menținute legăturile dintre părinți și copilul separat de aceștia prin instituirea măsurii plasamentului. Legiuitorul s-a limitat doar la a prevedea faptul că la stabilirea măsurii plasamentului se vor urmări, cu prioritate, plasarea copilului la familia extinsă sau la cea substitutivă, menținerea fraților împreună, precum și facilitarea exercitării de către părinți a dreptului de a vizita copilul și de a menține legătura cu acesta. Considerăm că nu suntem în prezența unei omisiuni în ceea ce privește obligația de a se stabili în cuprinsul hotărârii judecătorești a modului în care se vor desfășura relațiile personale dintre părinți și copii și nici un program de vizitare, așa cum se întâmplă

în cazul divorțului, întrucât, la momentul instituirii măsurii plasamentului, judecătorul cunoaște doar cauza care impune scoaterea copilului din mediul familial, atunci când acesta există, toate celelalte aspecte urmând a fi stabilite după ce are loc monitorizarea copilului și a familiei și în funcție de particularitățile fiecărui caz în parte.

Mai mult decât atât, dacă s-ar stabili de către instanță un program de vizitare sau păstrare a legăturilor prin intermediul tehnologiei digitale, ar exista un foarte mare risc ca în cazul în care părinții nu pot să îl respecte, managerul de caz să fie nevoit să menționeze acest aspecte în raportul final, periclitând însuși procesul de reintegrare a copilului în familie.

Este vorba aici despre cazuistică, despre faptul că fiecare copil și fiecare familie prezintă o situație aparte care nu poate să fie generalizată, responsabilului de caz revenindu-i sarcina de a găsi cele mai bune instrumente prin care să se realizeze conectarea sau reconectarea copilului cu familia sa, ceea ce nu exclude, dacă există posibilitatea, și este în interesul superior al copilului, a păstrării legăturilor dintre copil și părinți și cu ajutorul pe care tehnologia îl oferă atunci când vine vorba despre comunicare.

Considerăm însă, că soluția păstrării legăturilor dintre copilul care beneficiază de măsura de protecție a plasamentului și părintele sau familia sa de origine prin mijloacele tehnologiei digitale, respectiv prin telefon/smartphone sau desktop, laptop, tabletă, prin intermediul aplicațiilor de tipul Whats-up, Skype, FaceTime, Facebook etc., ce permit atât apeluri audio, cât și apeluri video, trebuie să rămână o soluție excepțională, care să se aplice doar situațiilor în care întâlnirile fizice dintre părinte și copil nu pot avea loc, cum este cazul în care părintele este reținut, execută o pedeapsă privativă de libertate, este spitalizat pentru o perioadă lungă de timp sau locuiește în străinătate și doar acolo unde posibilitatea contactului direct lipsește și doar pentru că astfel se poate evita o ruptură totală de comunicare între aceștia, însă fără a înlocui întâlnirile față în față și doar pe perioada cât menținerea modalității clasice nu este posibilă¹¹.

Extremele de orice fel prezintă o mare doză de risc. În cazul de față, riscul este că, foarte ușor, contactul virtual poate înlocui cu totul contactul fizic, iar păstrarea contactului fizic, care presupune atingere, este esențial pentru dezvoltarea emoțională a copilului, pentru că o relație care presupune iubire și atașament emoțional și care nu conține atingere, nu este o relație¹².

¹¹ Pentru modul în care calitatea relației părinte-copil poate fi impactată de înlocuirea întâlnirilor față în față cu cele prin intermediul tehnologiei, a se vedea, prin analogie, B.D. Moloman, *Pot fi virusate și puse în carantină relațiile de familie?*, în *Revista de Dreptul Familiei*, nr. 2/2020, p. 185 și urm.

¹² J. Davitz, R. Ball, *Psihologia procesului educațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București 1978, p. 257.

I.

Deciziile preliminare ale Curții de Justiție a Uniunii Europene în ipostaze inedite: situațiile pur interne și actele *soft law*

Preliminary Rulings of the Court of Justice of the European Union in Unusual Circumstances: Purely internal Situations and Soft Law Acts

Lect. univ. dr. **Anamaria Groza***
Universitatea din Craiova
Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: *Dreptul Uniunii Europene, trimiteri preliminare, situații pur interne, soft law, CJUE.*

Keywords: *European Union law; preliminary rulings; purely internal situations; soft law; CJEU.*

Tema

Mecanismul deciziilor preliminare ale Curții de Justiție a Uniunii Europene sprijină aplicarea corectă și uniformă a dreptului european și contribuie decisiv la dezvoltarea acestuia. Prin hotărârile astfel pronunțate, CJUE interpretează dreptul Uniunii și verifică validitatea actelor adoptate de instituțiile europene în raport cu izvoarele cu forță juridică superioară. Scopul acestui articol este de a pune în evidență două ipostaze inedite în care Curtea de Justiție a decis deja că poate fi sesizată pe cale preliminară, însă, în legătură cu care, justițiabilii și instanțele naționale încearcă reținere în a solicita/a sesiza Curtea. Cele două ipostaze sunt *situațiile pur interne* (secțiunea 1) și *actele soft law* (secțiunea 2). Un alt obiectiv urmărit de articol este de a identifica motivația Curții atunci când admite astfel de trimiteri preliminare și de a așeza această motivație în contextul propriu dreptului european, pentru a decela observații, concluzii, perspective (secțiunea 3).

Secțiunea 1. Situațiile pur interne

Conceptul de „situație pur internă” a fost creat de Curtea de Justiție și desemnează un litigiu ale cărui coordonate de fapt și de drept țin de un singur stat membru, astfel că dreptul Uniunii nu se aplică și nu se justifică/impune sesizarea sa pe cale preliminară. Această

* anamariagroza80@gmail.com.

construcție juridică a fost folosită pentru prima dată în 1979¹, iar apariția sa a fost legată de libertățile fundamentale ale pieței interne. Pentru ca dispozițiile din tratat privind piața internă să fie aplicabile era nevoie de un element transfrontalier: marfa produsă într-un stat membru și comercializată într-un alt stat membru; muncitorul care pleacă din țara de origine pentru a lucra în statul gazdă fie ca salariat, fie în mod independent; sucursale, filiale ale societăților deschise în alte state membre, decât cele în care se afla sediul social al societății-mamă; servicii prestate într-un alt stat membru decât cel în care prestatorul era constituit și își desfășura activitatea obișnuită, etc. În lipsa elementului transfrontalier, situația juridică devenea interioară statului membru și era reglementată de normele juridice naționale. *Definiția pe care CJUE a dat-o acestui concept reflectă starea dreptului comunitar din epoca respectivă. „Regula situațiilor pur interne a fost dezvoltată de Curte într-o încercare de a determina domeniul corect de aplicare al dispozițiilor privind piața internă și de a stabili un echilibru între unitatea și efectul util al acestor dispoziții, pe de o parte, și autonomia statelor membre, pe de altă parte”².*

Câteva decenii mai târziu, dreptul comunitar este înlocuit de dreptul Uniunii Europene și se prezintă într-un conținut semnificativ modificat, mult mai dezvoltat ca domenii de aplicare, competențe ale Uniunii și norme adoptate în domeniile tradiționale. Or, în astfel de împrejurări, deși definiția situațiilor pur interne nu s-a schimbat, *Curtea de Justiție și-a nuanțat jurisprudența inițială și răspunde, cu anumite condiții, și întrebărilor preliminare formulate în astfel de situații*. Revirimentul jurisprudențial a avut loc cu prilejul Hotărârii *Pistre*³, Curtea stabilind că o trimitere preliminară nu poate fi declarată inadmisibilă, pentru unicul motivul că toate elementele litigiului principal sunt cantonate în interiorul unui singur stat membru.

Ullens de Schooten reprezintă hotărârea de referință a CJUE pentru situațiile pur interne, întrucât Curtea a sistematizat, cu acest prilej, cazurile în care poate fi sesizată pe cale preliminară, deși litigiul principal nu prezintă un element transfrontalier european⁴.

a) În măsura în care resortisanți ai altor state membre *au fost/ar putea* fi afectați de norma/măsura națională aplicabilă litigiului principal intern, atunci când au utilizat/ar utiliza libertăți fundamentale ale pieței interne, trimiterea preliminară privind interpretarea dispozițiilor din tratat referitoare la aceste libertăți este admisibilă.

b) În ipoteza în care litigiul principal are ca obiect anularea unei dispoziții de drept intern, care se aplică atât resortisanților naționali, cât și resortisanților celorlalte state membre, Curtea poate fi sesizată cu privire la interpretarea dispozițiilor din tratat incidente,

¹ *Knoors*, C-115/78, hotărârea din 7 februarie 1979; *R v Saunders*, C-175/78, hotărârea din 28 martie 1979.

² *Helina Pohto*, Bringing clarity to the purely internal situations rule? Case commentary on the Judgment C-268/15 *Ullens de Schooten*, *Helsinki Law Review*, nr. 1/2018, p. 40. Studiul este disponibil la adresa <https://journal.fi/helsinkilawreview/article/view/HellRev-2018-1-Pohto> (data ultimei consultări, 24 iulie 2023).

³ *Pistre*, cauzele conexe C-321/94, C-322/94, C-323/94, C-324/94, hotărârea din 7 mai 1997, paragraf 44.

⁴ Paragrafele care interesează în mod deosebit sunt 50-53.

deoarece decizia pe care instanța națională o va adopta în urma hotărârii Curții pronunțate cu titlu preliminar, va produce efecte și în privința resortisanților celorlalte state membre.

c) Dacă dreptul național dispune ca propriul său resortisant să beneficieze de aceleași drepturi precum cele conferite de dreptul Uniunii în aceeași situație unui resortisant al altui stat membru, interpretarea libertăților fundamentale prevăzute la articolul 49, 56 sau 63 TFUE poate fi relevantă.

d) Deși faptele din litigiul principal nu intră în mod direct în domeniul de aplicare al dreptului Uniunii, aplicabilitatea dispozițiilor acestui drept a fost determinată de legislația națională, care s-a conformat, în soluționarea unor situații în care toate elementele se limitează la interiorul unui singur stat membru, soluțiilor reținute de dreptul Uniunii.

Situațiile de mai sus rămân pur interne, însă trimiteri preliminare pot fi adresate Curții, cu cerința suplimentară ca instanța de trimitere să motiveze incidența lor și să argumenteze aplicarea dreptului Uniunii. „Pentru declanșarea competenței Curții trebuie să existe fie o legătură suficient de clară și de directă între litigiul intern și una dintre libertățile fundamentale (...) și/sau fie o dispoziție de drept (derivat) al Uniunii potențial aplicabilă, a cărei interpretare este necesară pentru soluționarea cauzei. (...) Există vreo dispoziție de drept al Uniunii (de obicei o dispoziție de armonizare de drept derivat) care ar putea fi aplicată cauzei de față și care necesită interpretare? Această dispoziție de drept al Uniunii reglementează domeniul juridic în care se desfășoară litigiul principal? Există o normă juridică cuprinsă în această dispoziție care ar putea fi interpretată ca referindu-se la situația din cauza principală? În caz afirmativ, cauza este de natură să intre în domeniul de aplicare al dreptului Uniunii în scopul interpretării acestei dispoziții. Acest scenariu este în mare măsură independent de existența oricărui element transfrontalier. O serie de măsuri de armonizare din dreptul derivat al Uniunii sunt aplicabile unor situații pur interne, în pofida faptului că temeiul din tratat al acestora îl constituie dispoziții referitoare la libera circulație și la instituirea pieței interne. Prin urmare, în scopul exercitării competenței Curții, nu are importanță dacă situația este pur internă *din punct de vedere factual*, și anume dacă toate faptele se limitează la interiorul unui singur stat membru”⁵.

Secțiunea 2. Ce sunt și ce efect au normele *soft law* ale Uniunii Europene?

Răspunsul complet este laborios, iar cu titlu prealabil trebuie amintit că CJUE statuează în fiecare caz în parte și independent de etichetarea formală a unui act, dacă este vorba despre un „veritabil” sau „fals” act fără caracter obligatoriu. „Pentru a stabili dacă un act produce efecte juridice obligatorii, este necesar, conform unei jurisprudențe constante a Curții, să se examineze substanța acestui act și să se aprecieze efectele sale pe baza unor criterii obiective, precum conținutul actului menționat, ținând seama, dacă este cazul, de contextul în care a fost adoptat, precum și de competențele instituției, ale organului, ale oficiului sau ale agenției Uniunii care este autorul acestuia (...)”⁶.

⁵Concluziile Avocatului General Michael Bobek prezentate în cauza C-581/18, parag. 28, 35, 36.

⁶Concluziile Avocatului General Michael Bobek prezentate în cauza C-911/19, parag. 38.

Atenționați că denumirea sau categoria actului nu sunt definitorii pentru a-l include în *hard law* sau în *soft law*, ci reprezintă doar indicii în acest sens, ne îndreptăm spre tabloul izvoarelor formale ale dreptului Uniunii, aflat la art. 288 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (în continuare TFUE). Potrivit acestor dispoziții, „pentru exercitarea competențelor Uniunii, instituțiile adoptă regulamente, directive, decizii, recomandări și avize. Regulamentul are aplicabilitate generală. Acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în fiecare stat membru. Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinatar cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele. Decizia este obligatorie în toate elementele sale. În cazul în care se indică destinatarii, decizia este obligatorie numai pentru aceștia. *Recomandările și avizele nu sunt obligatorii*”. Din textul tratatului, rezultă că recomandările și avizele, deși sunt adoptate pentru îndeplinirea obiectivelor Uniunii, nu au caracter obligatoriu, spre deosebire de regulamente, directive și decizii. *Soft law (recomandările și avizele) se conturează în opoziție cu izvoarele formale obligatorii (regulamente, directive și decizii)*. Totuși, izvoarele sale nu se reduc la cele enunțate de art. 288 TFUE.

Într-un studiu complex⁷, o echipă de cercetători a încadrat normele *soft law* între normele fără caracter juridic (legal) și normele juridice obligatorii. Conform studiului, în prima categorie regăsim declarații, interviuri, norme sociale, în timp ce normele juridice obligatorii (tratatele, regulamentele, directivele, deciziile) se caracterizează prin prezența controlului judecătoresc. Enumerarea nu poate fi decât exemplificativă, iar în privința *soft law*, autorii au inclus recomandări, ghiduri, declarații privind obiective, norme imprecise cuprinse în acte juridice, toate caracterizate, în ansamblu, prin *absența controlului judecătoresc*. În dreptul Uniunii, "*soft law* devine o soluție de mijloc, un instrument fără forță juridică obligatorie, dar cu rol de ghidare, care folosește un limbaj formal și face trimitere la reguli și termene limită de implementare. (...) Mai curând decât să slăbească sau să înlocuiască autoritatea statelor membre, aceste norme o acceptă și o întăresc prin îmbunătățirea capacității proprii a statelor de a rezolva problemele. (...) În timp ce *hard law* creează reguli pe care statele trebuie să le respecte, normele *soft law* ghidează și exprimă așteptarea ca statele să se conformeze lor, deși nu sunt însoțite de efect juridic obligatoriu”⁸.

A spune despre drept că este lipsit de caracterul obligatoriu, pare a fi un oximoron. *Soft law* nu este lipsit de efecte, însă stabilirea lor nu a preocupat decât în mică măsură lumea juridică, structurată aproape exclusiv în jurul conceptului primordial de normă obligatorie. În Hotărârea *Grimaldi*, CJUE a încurajat instanțele naționale să aibă în vedere normele europene *soft law* atunci când soluționează cauzele. „(...) Chiar dacă acestea nu pot genera

⁷Oana Andreea Stefan, Matej Avbelj, Mariolina Eliantonio, Miriam Hartlapp, Emilia Korkea-aho, Nathalie Rubio, EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review, disponibil la adresa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629 (data ultimei consultări 25 iulie 2023).

⁸Oana Andreea Stefan, Matej Avbelj, Mariolina Eliantonio, Miriam Hartlapp, Emilia Korkea-aho, Nathalie Rubio, *cit. supra*, p. 14.

ele-însele drepturi în beneficiul justițiabililor, justițiabilii se pot prevala de ele în fața instanțelor naționale. Judecătorii din statele membre sunt obligați să ia în considerare recomandările, în vederea soluționării litigiilor cu care sunt investiți, mai ales atunci când sunt de natură a clarifica interpretarea altor dispoziții naționale sau comunitare”⁹.

Ce efecte pot apărea în instanță, atunci când părțile invocă norme europene *soft law*? *Un prim efect este admisibilitatea întrebărilor preliminare cu privire la acestea, atât în ceea ce privește validitatea, cât și interpretarea.* „Începând cu Hotărârea *Grimaldi*, Curtea a insistat în mod constant asupra faptului că articolul 267 TFUE atribuie Curții competența de a se pronunța cu titlu preliminar atât cu privire la validitatea, cât și cu privire la interpretarea actelor adoptate de instituțiile Uniunii „fără nicio excepție”. Prin urmare, actele Uniunii fără caracter obligatoriu pot face în mod vădit obiectul unei trimeri preliminare cu privire la validitatea lor”¹⁰. Astfel de acte nu pot face obiectul acțiunii în anulare reglementată de art. 263 TFUE, deoarece nu produc efecte juridice obligatorii. Avocatul general Bobek a apreciat că actele Uniunii fără caracter obligatoriu trebuie supuse unui control jurisdicțional cu caracter obișnuit, standard, în temeiul art. 267 TFUE, deoarece instituțiile și organele Uniunii creează astfel seturi paralele de reguli care ocolesc procesul legislativ și afectează legitimitatea generală a reglementării în aval, precum și echilibrul instituțional. Prin urmare, avocatul general a exclus un control jurisdicțional limitat.

Opinia Avocatului General Bobek în sensul controlului jurisdicțional standard pentru normele *soft law*, deși emisă în contextul art. 267 TFUE, poate fi analizată și independent de cadrul trimerii preliminare. *Ce tip de control va efectua instanța națională, după ce va decide că litigiul intern intră în domeniul de aplicare al normei soft law?* Controlul jurisdicțional complet are meritul de a supune astfel de acte, adoptate într-un mod atipic, rigorilor instanței de judecată. Pe de altă parte, procedând în maniera controlului jurisdicțional obișnuit, instanțele transformă normele *soft law* în norme *hard law*, eludând competențele și procedurile specifice adoptării celor din urmă. Previzibilitatea juridică are și ea de suferit, deoarece destinatarii normelor își ajustează conduita și speranțele legitime în mod diferit în raport de gradul de obligativitate al normei.

Un mod de utilizare al *soft law* care evită capcana de mai sus este rolul său interpretativ. Judecătorul național poate face trimitere la interpretarea conformă a normelor naționale cu normele europene *soft law* sau pentru a-și consolida interpretarea normelor europene obligatorii.

Secțiunea 3. CJUE și dreptul în evoluție

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a avut dintotdeauna meritul de a inova dreptul și de a deschide noi perspective de gândire juridică. Începând cu principiul supremației dreptului comunitar, inovațiile juridice ale Curții impresionează prin simplitatea, profunzimea, pragmatismul și vocația unificatoare.

⁹ *Grimaldi*, cauza C-322/88, hotărârea din 13 decembrie 1989, parag. 19.

¹⁰ Concluziile Avocatului General Michael Bobek prezentate în cauza C-911/19, parag. 32.

De ce sunt admisibile întrebările preliminare în situații pur interne? În prealabil, trebuie spus că jurisprudența CJUE în privința admisibilității întrebărilor preliminare a urmărit constant încurajarea sesizării sale de către instanțele naționale. Este deja clasică exprimarea Curții conform căreia, sesizată fiind de o instanță națională, este obligată, în principiu, să răspundă. Această deschidere a instanței europene a contribuit decisiv la succesul trimiterilor preliminare și la dezvoltarea dreptului Uniunii Europene. Curtea nu a construit obstacole în calea dialogului cu instanțele naționale, prin instituirea unor condiții de admisibilitate mai dificil de îndeplinit, ci a urmărit să elimine obstacolele. Revenind la întrebare, credem că în contextul dezvoltării dreptului Uniunii, *situațiile pur interne s-au redus*. Astfel, deși este posibil ca factual, litigiul să se limiteze la un stat membru, sub aspect juridic, să fie incidente norme europene în soluționarea sa, care necesită o interpretare uniformă. În al doilea rând, potențialul unei situații pur interne de a afecta instituții de drept european este mare, având în vedere specificul dreptului Uniunii (interdependența) și dezvoltarea sa constantă. Stabilirea corectă a potențialului despre care am amintit este dificilă pentru judecătorul național și ea trebuie corelată cu definiția și conținutul instituțiilor juridice europene afectate. „În opinia noastră, pentru ca o cauză să intre în domeniul de aplicare al dreptului Uniunii, este suficient să existe norme de drept derivat al Uniunii care să reglementeze în *general* obiectul sau problemele în cauză. Prin urmare, în etapa stabilirii competenței Curții, nu este necesar să fi fost identificată în mod clar și fără echivoc o normă sau o obligație *specifică* dreptului Uniunii care să se aplice cauzei. Existența unui element transfrontalier (și lipsa unei situații pur interne) comportă o examinare a *împrejurărilor* proprii situației de fapt din fiecare cauză. În schimb, existența sau inexistența unei măsuri de armonizare la nivelul Uniunii presupune o examinare a *normelor* unui anumit domeniu juridic: există măsuri de drept al Uniunii care ar putea fi aplicate în respectiva cauză?”¹¹

De ce sunt admisibile întrebările preliminare în privința normelor *soft law*, din moment ce nu au caracter obligatoriu? La fel ca în cazul precedent, trebuie să avem în vedere jurisprudența CJUE privind admisibilitatea întrebărilor preliminare: din moment ce judecătorul național a decis că are nevoie de răspunsul Curții pentru a soluționa litigiul, acesta a făcut o primă apreciere a efectului normei *soft law*, pe care Curtea nu o repune în discuție. În al doilea rând, *soft law* exprimă principiile, valorile și obiectivele Uniunii, care vor fi transpuse în viitor, probabil, în norme *hard law*. *Soft law* a premers adesea *hard law* în construcția europeană, iar hotărârile Curții se vor regăsi astfel în viitoarele norme obligatorii. Dezideratul interpretării uniforme la nivel european a normelor *soft law* este, de asemenea, prezent.

Ambele ipostaze sunt prilej de dezvoltare a dreptului Uniunii în domenii fie strâns legate de dreptul național (situațiile pur interne), fie domenii în care Uniunea dispune doar de competențe de coordonare sau susținere a acțiunii statelor membre (*soft law*). Îndeosebi

¹¹ Concluziile Avocatului General Michael Bobek prezentate în cauza C-581/18, parag. 38, 39.

jurisprudența Curții privind *soft law* este un excelent prilej de a regândi norma juridică și modul în care aceasta se reflectă în activitatea jurisdicțională.

II.

Ipostaze inedite sau *judicial restraint* în evoluție?

Unusual Circumstances or Evolutive *Judicial Restraint*?

*Conf. univ. dr. Sorina Doroga**

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Lucrarea propusă de doamna lector universitar doctor Anamaria Groza tratează două teme mai puțin discutate în doctrina juridică referitoare la trimiterile preliminare, care oferă însă prilejul unei reflecții asupra unor puncte de inflexiune importante în dinamica acestei proceduri europene. Un prim subiect vizează așa-numitele „situații pur interne” în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) privind libertățile economice fundamentale, iar cel de-al doilea se referă la interpretarea actelor de tip *soft law* în cadrul procedurilor de trimitere preliminară.

Aparent neconectate, cele două teme împărtășesc cel puțin un element comun: ambele plasează Curtea în postura de a alege între angajarea unui dialog cu instanțele naționale într-un context atipic (uneori „riscant” din perspectiva relației dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul național) și exercițiul unei limitări auto-impuse (*judicial restraint*). Cele două opțiuni delimitează astfel un spectru de-a lungul căruia Curtea are posibilitatea de a-și modula răspunsul la solicitările de dialog din partea instanțelor naționale, în funcție de impactul preconizat al întrebărilor adresate și, pe alocuri, de evoluția pe care dorește să o imprime jurisprudenței sale în anumite materii.

Urmând structura articolului și argumentele discutate în cadrul acestuia, voi propune câteva observații și potențiale rute de extindere a cercetării ocazionate de această lucrare.

Tema abordată în cadrul primei secțiuni vizează jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene privind piața internă și exercițiul libertăților economice fundamentale – libera circulație a mărfurilor, a persoanelor, a capitalurilor și serviciilor – în cadrul căreia CJUE a dezvoltat pentru prima dată conceptul de „situații pur interne”. În contextul libertăților de circulație, Curtea și-a declinat în principiu competența de a soluționa cereri de trimiteri preliminare în situații în care circumstanțele de fapt nu presupuneau cel puțin un element transfrontalier, iar normele aplicabile nu includeau dispoziții de drept european.

* sorina.doroga@e-uvt.ro.

Cu toate acestea, situațiile de fapt limitate la circumstanțe pur interne nu au fost considerate suficiente în sine pentru a atrage lipsa competenței Curții. Aceasta a oferit răspunsuri unor întrebări preliminare în cazuri în care, deși elementul transfrontalier sau legătura cu dreptul Uniunii lipsea, interpretarea era utilă în considerarea unor potențiale efecte transfrontaliere, pentru că dreptul național extindea aplicarea unor dispoziții europene la situațiile interne pentru a evita discriminarea inversă, sau pentru că acesta din urmă conținea trimiteri exprese la un regim sau o normă de drept al Uniunii. Aceste tipuri de excepții au fost conturate tot pe cale jurisprudențială¹², fiind sintetizate în hotărârea *Ullens de Schooten*¹³, discutată mai amplu în lucrarea de referință.

Controversele doctrinare generate de hotărârea *Ullens de Schooten* au relevat conturul ambiguu al conceptului de „situații pur interne” utilizat de Curte, ridicând noi întrebări în legătură cu utilitatea și predictibilitatea invocării sale și a excepțiilor care îl însoțesc. În realitate, evoluția acestei noțiuni nu face decât să pună în evidență îngustarea continuă a ariilor rămase în afara competenței Curții, subliniind acel *competence creep* imputat frecvent CJUE și dreptului Uniunii Europene, în general.

Situațiile pur interne constituie un exemplu de precauție și rețineră (*judicial restraint*) din partea Curții care, deși sesizată de instanțele naționale, alege în unele circumstanțe să nu se pronunțe pentru a nu își extinde în mod nejustificat competența. O întrebare care ar putea fi explorată în continuare este în ce măsură este acesta un concept autonom de drept al Uniunii Europene. Dacă este într-adevăr un concept autonom, este el relevant numai în sfera libertăților economice sau și în alte arii de drept unional, ca de pildă în domeniul în care Uniunea se bucură de competențe partajate cu Statele Membre și în care este necesar să acționeze cu rețineră și atenție față de prerogativele acestora din urmă?

De altfel, o extindere a cercetării cu privire la alte domenii de jurisprudență în care Curtea a ilustrat abordări similare ar putea fi utilă, chiar dacă CJUE nu a extins în mod formal asupra acestora noțiunea de „situații pur interne”. Spre exemplu, o comparație cu situațiile în care aplicarea Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene (CDFUE) nu este incidentă – și în care dreptul UE nu este relevant, potrivit prevederilor art. 51 CDFUE – ar putea ilustra cu mai multă claritate strategiile de abordare ale Curții în ipotezele în care, deși dreptul Uniunii Europene nu este incident în mod vădit, instanțele naționale aleg să adreseze CJUE cereri de trimitere preliminară. Un astfel de demers ar putea fi cu atât mai util cu cât sfera libertăților economice de circulație se intersectează din ce în ce mai frecvent cu exercițiul drepturilor fundamentale.

Într-un context în care trasarea limitelor dintre „național” și „european” este din ce în ce mai dificilă, în care întrepătrunderea dintre sisteme se adâncește și drepturile dobândite în plan european interacționează în modul cel mai profund cu elemente considerate în mod

¹² În trei linii anterioare de jurisprudență, marcate de hotărârile *Guimont*, *Venturini* și *Dzodzi*: Hotărârea din 5 decembrie 2000, Cauza C-448/98, *Guimont*, ECLI:EU:C:2000:663, para. 23; Hotărârea din 15 decembrie 1982, Cauza 286/81, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, ECLI:EU:C:1982:438, para. 9; Hotărârea din 18 octombrie 1990, Cauzele C-297/88 și C-197/89, *Dzodzi*, ECLI:EU:C:1990:360, para. 36-41.

¹³ Hotărârea din 15 noiembrie 2016, Cauza C-268/15, *Ullens de Schooten*, ECLI:EU:C:2016:874.

tradițional ca aparținând domeniului juridic național, se pune întrebarea dacă unele concepte cu care operează Curtea – precum cel privind „situațiile pur interne” – mai sunt utile¹⁴. Aceasta cu atât mai mult cu cât încercările de sistematizare a unor excepții clare relevă faptul că „teritoriul” situațiilor pur interne este sortit unor ajustări perpetue, granițele sale fiind reconturate în mod constant, în pas cu evoluția interacțiunii dintre libertățile economice și sfera drepturilor naționale.

Cercetarea din cadrul celei de-a doua secțiuni a lucrării indică o serie de exemple relevante privind utilitatea interpretării instrumentelor de tip *soft law* în jurisprudența CJUE, analizând rolul care poate fi atribuit acestora. După cum se remarcă, începând cu hotărârea *Grimaldi*¹⁵ posibilitatea efectuării trimiterilor în validitate cu privire la actele neobligatorii emise de instituțiile Uniunii Europene reprezintă o dezvoltare importantă, permițând Curții să construiască o jurisprudență mai consistentă cu privire la actele cu caracter juridic neobligatoriu, dar pe care instituțiile Uniunii Europene le utilizează frecvent pentru a acoperi golurile lăsate de complexitățile inerente proceselor decizionale instituționale. Valoarea interpretativă și persuasivă a instrumentelor de *soft law* a crescut și pe fondul unei abundențe de reglementări de ordin tehnic, în domenii specializate, în care adoptarea unor acte cu caracter obligatoriu poate fi inefficientă. În schimb, normele de *soft law* european sunt „*cheap, fast, flexible and easy to issue*”¹⁶.

Însă deși neînregistrate cu forță juridică obligatorie, normele de tip *soft law* nu sunt totuși lipsite de efecte juridice și de consecințe practice. Astfel, pentru extinderea cercetării sub acest punct ar putea fi utilă și sublinierea modului în care, într-un context cu mize politice ridicate, Curtea a discutat importanța recomandărilor Comisiei Europene asociate unor decizii obligatorii – de pildă, în *Asociația „Forumul Judecătorilor din România”*¹⁷, pe fondul analizei Mecanismului de Cooperare și Verificare aplicabil României și Bulgariei. Asemenea hotărâri relevă, pe de o parte, elasticitatea instrumentelor de *soft law* și posibilitatea de a adapta utilizarea lor la scenarii diferite. Pe de altă parte, aceste exemple subliniază spectrul de posibilități pe care îl aminteam anterior, în care jurisprudența Curții poate fi modulată, în contextul trimiterilor preliminare, pentru a interveni de o manieră calificată uneori drept „activistă” în relația cu instanțele naționale sau dimpotrivă, pentru a acționa cu precauție și rețineră în acele situații în care CJUE decide să rămână la marginea procesului de decizie.

¹⁴ A se vedea și Sara Iglesias Sánchez, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?* *European Constitutional Law Review*, 14: 7-36, 2018, doi:10.1017/S1574019618000111.

¹⁵ Hotărârea din 13 decembrie 1989, Cauza C-322/88, *Grimaldi*, ECLI:EU:C:1989:646.

¹⁶ *Mariolina Eliantonio, Emilia Korkea-aho și Oana Ștefan (editori), EU Soft Law in the Member States. Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Hart Publishing, Londra 2021, p. 2.

¹⁷ Hotărârea Marii Camere din 18 mai 2021, Cauzele conexe C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 și C-397/1, *Asociația „Forumul Judecătorilor din România”*, ECLI:EU:C:2021:393.

I.

Reflexii verzi-albastrii ale proprietății. Studiu comparativ

Green-Blue Reflections on Property. A Comparative Study

Conf. univ. dr. **Flaminia Stârc-Meclejan***

Universitate de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

***Cuvinte-cheie:** drept de proprietate, protecția mediului, limite, interes public, interes privat.*

***Keywords:** property rights; environmental protection; limits; public interest; private interest.*

„Mărgeaua albastră” este cunoscută în lumea întregă ca fiind una dintre cele mai spectaculoase fotografii făcute vreodată Pământului. Dincolo de frumusețea sa, până atunci nedezvăluită pe deplin, Pământul, de care depindea viața atâtor ființe, părea mai fragil, mult mai fragil, decât ne putuserăm imagina. Extinzându-ne orizontul, am apărut mai mici, mai vulnerabili și mai puțin în siguranță decât oricând altcândva¹. Așa se face că, în anii imediat următori, dreptul a luat poziție și s-a re-organizat în jurul protecției biosferei, creând ceea ce astăzi numim dreptul modern al mediului. În viziunea legiuitorului, mediul, ce necesită protecție, reprezintă ansamblul de condiții și elemente naturale ale Terrei: aerul, apa, solul, subsolul, aspectele caracteristice ale peisajului, toate straturile atmosferice, toate materiile organice și anorganice, precum și ființele vii, sistemele naturale în interacțiune, cuprinzând elementele enumerate anterior, inclusiv unele valori materiale și spirituale, calitatea vieții și condițiile care pot influența bunăstarea și sănătatea omului.

Acesta este cadrul în care putem spune că domeniul cu care dreptul mediului interferează astăzi cel mai adesea este cel al bunurilor și al proprietății.

În ciuda reformei prin care a trecut Codul nostru civil, însă, reglementarea juridică a bunurilor și a proprietății pare să rămână oglinda timpului în care a fost concepută, societatea secolului al XIX-lea, cel puțin din perspectiva protejării mediului. La nivel intelectual triumfă încă raționalismul cartezian care accentuează dualismul subiect/obiect: oamenii și lucrurile sunt separate în două universuri diferite: în timp ce primii sunt titulari de drepturi (printre care cel cardinal, de proprietate), celelalte sunt reduse la rangul de simple mijloace ce pot fi stăpânite și chiar distruse². Iar, toate acestea pe un fond, din punct de vedere economic, al liberalizării comerțului ce modelează o societate a progresului

* flaminia.starc@e-uvt.ro.

¹ R.J. Lazarus, *The Making of Environmental Law*, University of Chicago Press, 2004, pp. 56-57.

² B. Grimonprez, *Les contributions du droit des biens à la préservation du vivant. Les apports du droit privé à la protection de l'environnement*, MareetMartin, 2022. hal-03132383v3.

tehnologic în care mediul este perceput ca o nelimitată bogăție de resurse ce ni se cuvin de la sine³.

În acest context, ne vom întreba dacă proprietatea, astfel cum e reglementată, are totuși mijloacele să elimine aceste inegalități și să fie protectoare cu natura?

De lege lata, vedem că anumite contribuții la protecția mediului sunt deja prezente. Altele sunt latente și ar putea fi activate printr-o abordare favorabilă protecției mediului. Conform art. 602 alin. (1) C. civ., „Legea poate limita exercitarea dreptului de proprietate fie în interes public, fie în interes privat. Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți (art. 630), precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului” (art. 603 C. civ.).

Vom exemplifica câteva din figurile juridice care pot fi studiate din perspectiva protecției mediului, pentru a răspunde la întrebarea la care ne-am propus.

A.

1. *Res communes*

Există lucruri care nu aparțin nimănui și a căror utilizare este comună tuturor. Unele lucruri nu sunt supuse aproprierii, folosirea lor, comună tuturor, fiind guvernată de reglementări de interes general, precum e și O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, care în anexa II reglementează regimul juridic al proprietății publice.

Lucrurile comune revin în atenția publică odată cu dezvoltarea preocupărilor pentru protecția mediului. Apa, aerul, marea sunt atinse de diverse poluări. Nu ar fi judicioasă apropierea acestor resurse naturale, esențiale tuturor, în timp ce proprietarii își pot utiliza bunurile cum consideră necesar și inclusiv să le distrugă.

În ceea ce privește utilizarea lor, libertatea se lovește de necesitatea de a lua în considerare interesele terților. Așa își face apariția o obligație de conservare, de preservare a lucrurilor comune pentru a le preda viitorilor utilizatori în starea în care au fost găsite. În contextul actual, al riscului de epuizare a resurselor naturale, această obligație poate deveni un izvor de răspundere, care ridică probleme cu privire la identificarea persoanelor indemnizabile în măsura în care nimeni nu se poate prevala de calitatea de proprietar.

2. Depășirea inconvenientelor vecinătății

Art. 630 alin. (1) prevede că dacă proprietarul cauzează, prin exercitarea dreptului său, inconveniente mai mari decât cele normale în relațiile de vecinătate, instanța de judecată poate, din considerente de echitate, să îl oblige la despăgubiri în folosul celui vătămat, precum și la restabilirea situației anterioare atunci când acest lucru este posibil. (2) În cazul în care prejudiciul cauzat ar fi minor în raport cu necesitatea sau utilitatea desfășurării activității prejudiciabile de către proprietar, instanța va putea încuviința desfășurarea acelei activități. Cel prejudiciat va avea însă dreptul la despăgubiri. (3) Dacă prejudiciul este iminent sau foarte probabil, instanța poate să încuviințeze, pe cale de ordonanță președințială, măsurile necesare pentru prevenirea pagubei.

³ *Ibidem*.

Merită să menționăm faptul că, în Franța, jurisprudența i-a atribuit răspunderii pentru depășirea inconvenientelor normale ale vecinătății⁴ o funcție nouă, de prevenire a riscurilor, făcând legătura între teoria inconvenientelor vecinătății, principiul precauției și protejarea mediului. Răspunderea civilă a luat acolo calea acestei evoluții spectaculoase, în domeniul răspunderii antrenate de depășirea inconvenientelor normale ale vecinătății, care, fiind un instrument de reparare a prejudiciilor, tinde să devină, în același timp, un mijloc de a le preveni⁵.

Instanțele de fond franceze au dus această idee mai departe, în ultimul timp, în cadrul unei jurisprudențe relative la antenele-releu de telefonie mobilă. Avem și noi în România o jurisprudență de acest gen⁶, care ne permite să facem legătura cu principiul precauției și protecția mediului.

3. În același registru regăsim și câteva clasice figuri juridice ale drepturilor reale, precum dreptul de superficie ori servituțile, de care dreptul mediului ar putea beneficia.

Potrivit art. 693 alin. (1) C. civ., „superficiea este dreptul de a avea sau de a edifica o construcție”; textul distinge între forma principală (deplină) a dreptului de superficie, care presupune existența construcțiilor (plantațiilor, lucrărilor) în momentul constituirii dreptului, și forma secundară (incipientă), când proprietarul „dezmembrează dreptul său de proprietate asupra terenului, transmitând persoanei respective folosința și, în mod limitat, posesia și dispoziția asupra terenului, urmând ca lucrările de construire sau plantare să se desfășoare ulterior”⁷. Manifestare de excepție a dreptului de proprietate, dreptul de superficie este un „drept compozit, sui generis, care trebuie analizat dintr-un dublu punct de vedere. Pe de o parte, din unghiul superficialului, în privința construcțiilor făcute de el la suprafața solului, el constituie un drept de proprietate; de altă parte, din perspectiva proprietarului terenului, cu privire la terenul utilizat pentru executarea construcțiilor, el prezintă trăsăturile unui dezmembrământ al dreptului de proprietate”⁸. Existența sa răstoarnă prezumția de proprietate instituită de art. 579 alin. (1) C. civ., potrivit căreia orice lucrare este prezumată a fi făcută de proprietarul imobilului, cu cheltuiala sa, și este a lui, până la proba contrară.

Superficiea corespunde unei împărțiri a „proprietății” unui imobil, introducând pluralitatea de subiecte într-un caz în care există în principiu doar unitate și exclusivitate precum

⁴ În Franța, depășirea inconvenientelor vecinătății dă naștere, potrivit jurisprudenței, unui caz de răspundere obiectivă.

⁵ J.-V. Borel, *La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage: de la réparation à la prévention*, Revue de droit immobilier, 2007, p. 313.

⁶ <https://www.juridice.ro/essentials/589/pericolul-antelenor-gsm-si-remediile-juridice-possibile>.

⁷ V. Stoica, *Drepturile reale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 238-239; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de Drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 579; S. Cercel, *Aspecte noi în reglementarea dezmembrămintelor dreptului de proprietate privată în noul Cod civil*, în *Noile Coduri ale României*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 174.

⁸ O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 586.

este cazul proprietății⁹. Mecanismul ar permite în special izolarea, într-un alt patrimoniu, a infrastructurilor ecologice (arbori, gard viu, apă) de pe un teren pentru a le proteja¹⁰. În acest fel, proprietarul terenului ar ceda controlul asupra acestor elemente care i-ar deveni străine, nemaiputându-le dăuna în contextul activității sale.

De asemenea, dreptul de servitute este un drept real imobiliar, principal, perpetuu și indivizibil care dezmembrează proprietatea, conferind titularului său anumite prerogative strict limitate asupra lucrului altuia. Dreptul de servitute nu numai că se constituie prin dezmembrarea dreptului de proprietate asupra imobilului, dar presupune și existența unui al doilea imobil pentru uzul sau utilitatea căruia s-a creat dezmembrământul. În primul rând, trebuie subliniat că noțiunea de „vecinătate” are un sens larg, în care se includ atât noțiunea de proximitate imediată, cât și aceea de proximitate mediată. De exemplu, o servitute de apeduct se poate stabili în favoarea unui fond dominant și poate apăsa asupra mai multor imobile aservite, dintre care doar unul are hotar comun cu fondul dominant. În al doilea rând, este necesar ca cele două fonduri să aparțină unor proprietari diferiți, servitutea fiind un *ius in re aliena*¹¹.

În dreptul american, scopul servituții poate fi unul de conservare. În cazul unei servituți de conservare, drepturile și obligațiile sunt create în scopul conservării naturii. Scopul de conservare include menținerea sau protejarea valorii naturale pitorești sau de spațiu deschis a terenului, asigurarea disponibilității terenului pentru utilizare agricolă, forestieră, recreativă sau protejarea resurselor naturale, inclusiv a habitatelor și ecosistemelor de plante și animale sălbatice și menținerea sau îmbunătățirea calității sau alimentării aerului sau a apei. Servitutea ar putea, în principiu, să fie folosită și în România pentru a dedica proprietatea/sau o parte a acesteia conservării naturii la fel ca în Statele Unite ale Americii¹².

B. În limitele dreptului proprietății, s-au creat și instrumente noi care sunt, de asemenea, capabile să contribuie la un partaj al proprietății în scopul protejării mediului.

S-a vorbit mult despre crearea prin jurisprudență a dreptului real de folosință specială, doctrina subliniind așa-zisele sale potențialități de mediu¹³. Motivul este că acest drept real face posibilă dezmembrarea și distribuirea utilităților proprietății, din nou pe o perioadă lungă de timp. Prin urmare, tehnica poate fi utilizată pentru un proiect imobiliar de mediu, cum ar fi dezvoltarea energiilor regenerabile sau conservarea biodiversității¹⁴.

⁹ A se vedea pentru detalii, I. Șferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale. Studiu aprofundat*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 741.

¹⁰ Și B. Grimonprez, *op. cit., passim*.

¹¹ V. Terzea, *Noul Cod civil adnotat cu doctrină și jurisprudență din 06-ian-2017*, Ed. Universul Juridic, disponibil pe Sintact.

¹² *The Use of Conservation Easements in the European Union*, p. 77 et seq., document disponibil online la adresa: <https://elcn.eu/sites/default/files/2018-12/Racinska%20and%20Vahtrus%202018%20The%20Use%20of%20Conservation%20Easements%20in%20the%20EU%20-%20final%20report.pdf>.

¹³ V. Poux, *Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté? Réflexions à partir du droit français*, disponibil online la adresa: https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_50/Poux.pdf.

¹⁴ *Ibidem*.

În fine, în același spirit, regăsim fiducia reglementată de Codul civil. Aceasta a apărut în peisajul dreptului civil odată cu noul Cod civil cu scopul de a organiza transferul temporar al proprietății asupra unui bun (i)mobil către un beneficiar într-un patrimoniu autonom. Această tehnică generală de atribuire este interesantă datorită garanțiilor pe care le oferă pentru conservarea de durată a proprietății afectate.

Conform art. 773 C. civ., fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar care le administrează cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor.

Deși textul se referă la transferul drepturilor, desigur că legiuitorul a avut în vedere și bunurile asupra cărora se raportează drepturile. Din definiția pe care art. 773 C. civ. o dă fiduciei, rezultă că fiduciarul exercită drepturile transmise cu titlu fiduciar „cu un scop determinat”, fără ca acest scop să fie definit. Conform art. 1266 CCQ, fiducia poate avea ca scop: interese personale, interese de utilitate privată sau interese de utilitate socială (FUS). Părțile pot recurge la fiducia având ca scop gestiunea unui bun, gestionarea fructelor unui fond frugifer sau gestionarea unui patrimoniu. Fiduciarul se angajează să gestioneze bunurile transmise, urmând ca, la o dată stabilită, să le remită unui beneficiar (care ar putea fi chiar constitutorul, fiduciarul sau un terț, art. 777 C. civ.).

Proprietarul care dorește să-și protejeze bunul ar putea opta pentru un transfer fiduciar, act prin care acesta ar transfera în parte sau în totalitate bunul său funciar unui administrator fiduciar care își va asuma să-l administreze într-un scop ecologic. Avantajul acestei tehnici este flexibilitatea sa căci libertatea contractuală ocupă un loc central.

Câteva scurte concluzii

Această analiză a pornit de la premisa incongruenței dintre proprietate și protecția mediului, dar, alăturând drepturile reale protecției mediului, a devenit vizibil că acestea nu sunt două noțiuni pe care totul să le opună, așa cum le priveam înainte. Viziunea „clasică” asupra proprietății, adversă protecției mediului, ar trebui de aceea depășită. Într-adevăr, așa cum am putut constata, există multiple puncte de legătură între cele două concepte analizate, proprietatea și mediul. În prezent, tendința trebuie să fie așadar mai degrabă aceea a reconcilierii proprietății și a mediului, permițând celei dintâi să fie pusă în slujba celui din urmă. Această idee nu poate fi formulată fără a face referire la conceptul de drept de „proprietate-funcție”, așa cum conceptul a fost enunțat de profesorul Grimonprez, dacă privim „proprietatea nu ca un scop în sine, ci ca un mijloc pus în slujba unui scop”¹⁵. În orice caz, căutarea unui echilibru între protecția, în același timp, a drepturilor proprietarului și conservarea efectivă a mediului pare a fi un compromis posibil care permite acționarea

¹⁵ B. Grimonprez, *La fonction environnementale de la propriété*, Revue trimestrielle de droit civil, 2015/3, p. 1 și comentariul lui A. Crozes, *Les droits réels au service de l'intérêt environnemental: entre démembrements et obligations consenties*, Droit et Ville 2018/2 (nr. 86), pp. 183-204.

acestor drepturi în favoarea mediului. Aceste idei sunt importante a fi evidențiate într-un context în care, astăzi, problema protejării biodiversității prin intermediul dreptului de proprietate este una crucială. Diversitatea instrumentelor legale ce pot fi puse în aplicare, în vederea protecției mediului, cum am putut constata, dovedește posibilitatea de a face din proprietar un adevărat participant la această conservare. Acest lucru este cu atât mai important cu cât putem observa adeseori neputința politicilor publice de a proteja efectiv mediul și înțelegând că proprietarul este adesea cel mai bine plasat pentru a se îngriji de bunurile ce fac parte din ceea ce încadrăm în noțiunea de „mediu”¹⁶.

II.

Limitarea dreptului de proprietate – un instrument juridic pentru asigurarea unui mediu sănătos

Limitation of Property Rights – A Legal Instrument to Ensuring a Healthy Environment

*Prof. univ. dr. Irina Sferdian**

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

În tema abordată de doamna conferențiar Flaminia Stârc-Meclejan, o întrebare este esențială: poate să folosească dreptul de proprietate protecției mediului?

Răspunsul, de altfel, previzibil, nu poate fi decât afirmativ.

Instrumentele juridice care se pot dovedi eficiente în lupta pentru un mediu sănătos și al căror fundament este dreptul de proprietate, pot fi incluse în categoria pe cât de vastă, pe atât de variată a limitelor aduse dreptului de proprietate. Limitele legale în interes public, dar și cele în interes privat, după cum vom vedea în continuare, reprezintă instrumentul cel mai adecvat pentru realizarea scopurilor privind un mediu sănătos.

Dreptul fiecărei persoane la un mediu sănătos, nepoluat este consacrat de dispozițiile art. 35 din Constituția României, conform căroră: „(1) Statul recunoaște dreptul oricărei persoane la un mediu înconjurător sănătos și echilibrat ecologic. (2) Statul asigură cadrul legislativ pentru exercitarea acestui drept. (3) Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător”.

¹⁶ Și A. Crozes, *op. cit.*, p. 187.

* irina.sferdian@e-uvt.ro.

1. Dreptul mediului, care afirmă principiul prevenției și principiul precauției, însoțite de necesitatea tranziției către o economie circulară, interferează cu dreptul civil prin intermediul instrumentelor de asigurare a regimului de protecție: limitele dreptului de proprietate. Acestea pot fi de o gravitate mai mică (suportarea interdicției de a construi în anumite zone naturale speciale, suportarea trecerii doar în anumite zone permise la nivelul litoralului, suportarea servituților aeronautice, a celor impuse regimul apelor etc.), sau mai mare (cele care impun servituți legale care împiedică exercitarea deplină a dreptului de proprietate ori chiar sarcini de tipul prestațiilor pozitive din partea proprietarului, cum sunt cele legate de cultivarea solului ori regimul impus pentru protecția fondului forestier), ajungând până la pierderea dreptului de proprietate (în cazul exproprierii pentru cauză de utilitate publică, atunci când aceasta devine necesară pentru a izola anumite zone naturale în scopul de a fi conservate).

Este de observat modul în care, în cazul acestor limite ale dreptului de proprietate, interesul privat se conjugă cu interesul general de asigurare a unui mediu sănătos.

După cum știm, limitele aduse dreptului de proprietate, fie în interes public, fie în interes privat sunt, așa cum rezultă din art. 602 alin. (1) C. civ., legale, adică sunt cele permise de lege, indiferent că au izvor strict legal, cutumiar, convențional sau judiciar.

Observăm că, dincolo de distincția limitelor dreptului de proprietate în funcție de natura interesului ocrotit, public sau privat, cuprinsă în art. 602 alin. (1) C. civ., prevederile art. 603 C. civ. indică trei categorii de sarcini, fără a preciza dacă sunt instituite în interes public sau în interes privat. A treia categorie este una reziduală, extrem de diversă, cu origini legale sau cutumiare.

Cele trei tipuri de sarcini prevăzute de text, care sunt intrinseci dreptului de proprietate, sunt: a) sarcinile privind protecția mediului; b) sarcini care privesc asigurarea bunei vecinătăți; c) orice alte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului.

Cuprind dispozițiile art. 603 C. civ. o veritabilă clasificare a sarcinilor care pot afecta dreptul de proprietate, în sensul că acestea nu pot fi încadrate decât în una dintre aceste categorii? Cu alte cuvinte, este posibil ca, pe calea sarcinilor pentru asigurarea bunei-vecinătăți, să se obțină și protecția mediului? Poate fi un inconvenient anormal de vecinătate înțeles ca o încălcare a sarcinii de protecție a mediului? Ori este posibil să considerăm că o restricție impusă din rațiuni de protecție a mediului poate constitui o manieră de a asigura un raport de bună-vecinătate?

Protecția mediului este un deziderat de interes general sau de interes public. Nu ne-am propus să discutăm aici eventualele distincții între interesul general, interesul public ori utilitatea publică¹⁷. În funcție de perspectiva din care privim, cei trei termeni sunt sinonimi într-o mai mare sau mai mică măsură. În cuprinsul art. 602 alin. (1) C. civ., noțiunea de

¹⁷ Pentru aceste distincții, a se vedea C. Clipa, *Fundamentele ideologice ale dreptului administrativ*, vol. II. Tomul 2. *Specificitățile*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 225 și urm.

interes public și cea de interes privat nu sunt privite neapărat în opoziție, ci reprezintă doar un criteriu de clasificare între tipuri de limite.

Dacă o limită de interes general este de natură să aducă beneficii tuturor particularilor, nu se poate spune despre orice limită care vizează un interes privat că protejează un interes general. Cel puțin în materie de limite, influența dintre public și privat, dintre general și particular se produce, de regulă, într-un singur sens. Interesul general este și interesul particularului, însă mai greu admitem că protecția unui anume interes privat asigură și protecția interesului general. Cu toate acestea, sunt cazuri în care unele limite legale în interes privat pot urmări protecția mediului, devenind, în aceeași măsură, și limite de interes general.

Unele limite legale în interes privat privitoare la modul de folosire a apelor reprezintă un exemplu în sensul că acestea ar putea constitui și limite în interesul general de a avea un mediu sănătos¹⁸.

De pildă, dacă, potrivit art. 604 C. civ., proprietarului fondului inferior îi este interzis să împiedice curgerea naturală a apelor care provin de pe fondul superior, art. 605 alin. (1) C. civ. prevede că proprietarul fondului inferior nu poate împiedica nici curgerea provocată de proprietarul fondului superior sau de alte persoane, a apelor care țâșnesc de pe fondul superior datorită unor lucrări subterane întreprinse de proprietarul acestuia, a apelor provenite din secarea terenurilor mlăștinoase, a apelor folosite într-un scop casnic, agricol sau industrial, însă numai dacă această curgere precedă vărsarea într-un curs de apă sau într-un șanț. Aceste limite legale, prevăzute de art. 604 și 605 C. civ., sunt incluse de lege în categoria limitelor instituite în interes privat.

Dispozițiile art. 605 alin. (1) C. civ., așa cum rezultă din cele ale alin. (5) ale aceluiași articol, nu se aplică atunci când pe fondul inferior se află o construcție, împreună cu grădina și curtea aferentă, sau un cimitir. Proprietarul fondului inferior este îndreptățit să execute lucrări pentru a stopa curgerea apelor cu potențial poluant (a apelor industriale, de exemplu), dacă aceste ape nu ajung într-un curs de apă sau într-un șanț, ori se poate adresa instanței de judecată pentru a-l obliga pe proprietarul fondului superior la încetarea activității poluante. Împiedicarea curgerii acestor ape, în aceste două situații, reprezintă un drept pe care legea îl recunoaște proprietarului fondului inferior, atunci când limita legală impusă proprietarului fondului superior nu este respectată.

Deși suntem în prezența unei limite legale în interes privat a dreptului de proprietate, aceasta este menită să ocrotească nu numai interesul proprietarului fondului inferior, ci interesul unei întregi comunități care ar fi afectată de producerea acestor ape. Este vorba despre un interes care depășește sfera interesului unui particular. Dacă apele care țâșnesc de pe fondul superior sunt rezultatul desfășurării unei activități industriale și au potențial poluant, limita prevăzută de art. 605 C. civ. nu este numai o limită în interes privat, ci devine și o limită în interes general.

¹⁸ A se vedea I. Sferdian, *Dreptul civil. Drepturile reale principale. Studiu aprofundat*, Ed. Hamangiu, București, 2021, pp. 200-204.

Un exemplu în același sens este oferit de prevederile art. 609 C. civ., care reglementează dreptul la despăgubiri al proprietarului unui fond pe care se află un izvor pentru prejudiciile cauzate de persoana care, prin lucrările efectuate, a secat, a micșorat ori a alterat apele sale. Dacă secarea, micșorarea ori alterarea apelor izvorului sunt rezultatul unor lucrări cu caracter poluant, suntem în prezența unei limite legale în interes privat, care protejează implicit și interesul general de a avea un mediu nepoluant.

2. Limitele judiciare care pot fi aduse dreptului de proprietate, consacrate în art. 630 C. civ., referitoare la inconvenientele anormale de vecinătate, pot avea la rândul lor influență asupra protecției mediului. De această dată, protecția mediului este asigurată prin limitarea de către instanța de judecată a exercitării unor activități cu efect poluant, la solicitarea celui care suportă, în starea de vecinătate, un inconvenient care depășește nivelul normal, devenind anormal¹⁹.

Instanța de judecată este cea care stabilește în concret ceea ce poate constitui o limită într-o situație dată, respectiv delimitează ceea ce este normal de ceea ce este anormal în exercițiul proprietății. Și normalul și anormalul sunt noțiuni relative, de circumstanță. Instanța de judecată este chemată astfel să identifice inconvenientul anormal de vecinătate.

Prin stabilirea limitelor judiciare, instanța de judecată este cea care delimitează sfera de toleranță, de suportabilitate a prejudiciilor cauzate în starea de vecinătate, sancționându-le doar pe cele pe care le apreciază ca anormale.

În felul acesta este stabilit gradul de ingerință al unei persoane (proprietarul), care își exercită propriul drept în sfera privativă a altuia (vecinul), prin separarea a ceea ce este normal a fi suportat sau tolerat de ceea ce nu mai poate fi tolerat.

Prin limitele judiciare ale dreptului de proprietate se instituie o formă de control a limitelor interne ale dreptului de proprietate, conturându-se o sferă de libertate în exercițiul proprietății care poate varia în funcție de circumstanțe, de conjunctură.

Prin urmare, prin dispozițiile art. 630 C. civ., intenția legiuitorului a fost mai degrabă să stabilească o limită decât să prevadă o sancțiune²⁰. Reglementând rolul instanței în aprecierea inconvenientelor anormale de vecinătate, legiuitorul acordă prioritate nu sancțiunii, ci reparării interesului lezat. Îl limitează pe proprietar în exercitarea dreptului său și, totodată, îl protejează pe vecin. Legiuitorul nu este preocupat de instituirea unei forme de răspundere, ci de stabilirea unei limite, care, depășită, va determina reglarea raporturilor dintre proprietar și vecin prin recurgerea la principiul echității.

Recurgerea de către judecător la cerințele echității în soluționarea inconvenientelor de vecinătate rezultă expres din art. 630 C. civ. Aplicarea principiului echității ar fi posibilă, chiar în lipsa unei delegări exprese, grație dispozițiilor din art. 5 alin. (3) C. pr. civ., oricărei pricini

¹⁹ V. Stoica, *Limite judiciare stabilite în interes privat, în materie imobiliară, în raporturile de vecinătate*, în *Dreptul nr. 12/2003*, p. 74; I. Sferdian, *op. cit.*, pp. 233-240; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. III, Raporturile obligaționale extracontractuale*, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 473.

²⁰ A se vedea, în același sens, F. Stârc-Meclejan, *Mic îndrumar de reparare a bunei-vecinătăți*, în *Analele UVT nr. 2/2013*, p. 166.

care nu ar putea fi rezolvată în baza unei dispoziții normative, a uzanțelor, ori prin analogia legii. Prin urmare, doar în lipsa unui asemenea temei, ar putea fi aplicate principiile generale ale dreptului și ținând seama de cerințele echității. Sigur, nu am putea susține că, în celelalte cazuri, echitatea este exclusă, deoarece ea este implicită, este intrinsecă dreptului, este o valoare immanentă reglementărilor juridice²¹.

Însă, în cazul inconvenientelor de vecinătate, fundamentul echității se conjugă cu obligația legală de asigurare a bunei vecinătăți, reglementată în cadrul dispozițiilor generale privind limitele dreptului de proprietate, în cuprinsul art. 603 alin. (1) C. civ., aplicabilă însă tuturor limitelor juridice ale dreptului de proprietate, atât legale, cât și judiciare, dar și cu principiul precauției, în cazul prejudiciilor iminente, probabile.

Aplicarea principiului echității oferă instrumentul de măsură concret, sensibil și nuanțat, care îi permite judecătorului să stabilească dacă un inconvenient de vecinătate este sau nu anormal. Ceea ce se repară este însă un prejudiciu cauzat printr-un fapt licit, normal, cu condiția ca acest prejudiciu să fie calificat ca anormal. Remarcăm că prejudiciul este anormal, iar nu faptul proprietarului. Fapta proprietarului este licită, dreptul se exercită în limitele sale interne. Nu suntem în prezența unei fapte ilicite, a unui abuz de drept, care presupune depășirea limitelor interne ale dreptului de proprietate prin exercitarea cu rea-credință a dreptului ori în mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe. Prioritară este protecția interesului lezat, astfel că, pentru aplicarea art. 630 C. civ., instanța se va raporta la gradul de toleranță al celui lezat. Criteriile de apreciere vor fi mai degrabă subiective decât obiective (zgomotul produs în timpul nopții de o instalație de aer condiționat care, deși se face auzit pe o arie extinsă, va fi mai greu de tolerat de vecinii apropiați sau de cei bolnavi ori mai sensibili).

Dacă pârâtul acționează cu rea-credință, acest fapt prezintă relevanță în stabilirea caracterului anormal al unui inconvenient, în sensul că poate transforma un comportament ce ar fi putut fi considerat acceptabil într-unul de neacceptat²².

Răspunderea preventivă care intervine în cazul unui prejudiciu iminent sau foarte probabil și care s-ar încadra în sfera inconvenientelor anormale de vecinătate se fundamentează tot pe principiul echității, dar conjugat cu principiul precauției. Acest din urmă principiu se referă la atitudinea pe care trebuie să o aibă o persoană, deci și proprietarii, cu privire la activitățile pe care le desfășoară, la drepturile pe care sunt îndreptățiți să le exercite, de natură să cauzeze prejudicii probabile. Acest principiu generează o obligație imperativă de a lua toate demersurile necesare pentru a evita sau a reduce la un nivel acceptabil riscurile producerii de prejudicii pentru alții, indiferent că sunt materiale, corporale sau morale²³.

Susținerea potrivit căreia inconvenientele din prima categorie justifică dreptul la despăgubiri numai dacă prejudiciul a fost cauzat cu vinovăție ni se pare neconvingătoare,

²¹ *Idem*, p. 15.

²² A se vedea J. Cooke, *Tort Law*, 6th ed., Longman, 2003, p. 251, *apud* F. Stârc-Meclejan, *op. cit.*, p. 166.

²³ A se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. III, Raporturile obligaționale extracontractual...*, *op. cit.*, p. 480.

deoarece chiar și atunci când nu s-au depășit limitele materiale ale fondului pot exista situații în care executarea unor lucrări asupra solului, de supraetajare, sau la nivelul subsolului, pot crea inconveniente de vecinătate anormale.

Inconveniente de vecinătate săvârșite fără vinovăție și care reprezintă un prejudiciu minor trebuie suportate, în toate cazurile, de către vecinul afectat, fără a putea solicita vreo despăgubire. Dacă prejudiciul reprezintă un inconvenient anormal și nu există vinovăție, obligația de reparare se impune pe temeiul echității, indiferent dacă prin exercitarea dreptului de proprietate s-au depășit sau nu limitele materiale ale fondului.

Intervenția instanței este posibilă chiar în absența oricărui prejudiciu, cu condiția ca prejudiciul să fie iminent sau foarte probabil, dând eficacitate principiului precauției²⁴. Aplicarea acestui principiu are scopul de a proteja colectivitatea de riscuri majore, însă aleatorii și incerte.

În cazul tulburărilor de vecinătate, aplicarea principiului precauției ia în considerare prejudiciul viitor, iminent sau foarte probabil, care îndreptățește la obligarea încetării actului perturbator. Principiul precauției funcționează doar atunci când sunt serioase temeiuri care prezumă producerea unui risc grav sau ireversibil.

Prin protecția asigurată prin aplicarea dispozițiilor art. 630 C. civ. proprietarului afectat de un inconvenient anormal de vecinătate, care este rezultatul unei activități poluante, se realizează și dezideratul general al dreptului la un mediu sănătos.

3. Dezmembrămintele dreptului de proprietate, care sunt considerate, în același timp, sarcini ale dreptului de proprietate asupra unui fond²⁵, pot servi ca instrumente juridice în reglementarea privitoare la un mediu sănătos. Destinația poate fi rezultatul acordului părților sau poate rezulta din lege. Dacă la data constituirii dezmembrământului, bunul era afectat protecției mediului prin decizia proprietarului, atunci titularul dezmembrământului va fi obligat să respecte destinația atribuită bunului de către proprietar, cu excepția situației în care va dovedi conveni contrariul. O schimbare a destinației bunului fără acordul nudului proprietar nu este posibilă.

De cele mai multe ori, sarcinile legate de protecția mediului au izvor legal și se concretizează în restricții ale exercitării dreptului de proprietate, în obligații de a nu face ce îi revin proprietarului, dar și în prerogative asupra unui fond recunoscute de lege în favoarea celui care desfășoară o activitate de interes general și pe care proprietarul aceluși fond trebuie să le suporte. Acestea se concretizează în servituți, drepturi de uz, drepturi de acces, dreptul de a executa anumite lucrări asupra fondului. Nu trebuie confundate cu

²⁴ Principiul precauției este atitudinea pe care trebuie să o adopte orice persoană care ia o hotărâre cu privire la o activitate despre care se poate presupune, în mod rezonabil, că ar comporta un pericol grav pentru sănătatea generațiilor actuale și viitoare sau pentru mediu. Acest principiu generează o veritabilă obligație juridică de a reduce riscurile pentru viața, sănătatea umană și mediul înconjurător la un nivel acceptabil. A se vedea L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 402. Pentru detalii asupra principiului precauției, a se vedea I. Strickler, *Les biens*, Themis droit, Ed. P.U.F., Paris, 2006, pp. 356-360.

²⁵ I. Sferdian, *op. cit.*, pp. 637-645.

dezmembrămintele dreptului de proprietate, pentru că presupun prerogative conferite de lege în favoarea altei persoane decât proprietarul, cel mai adesea prerogative de folosință specială, care nu au fost detașate de către proprietar din conținutul dreptului său de proprietate întrucât proprietarul nu avea acele prerogative, pentru care trebuia să dețină o calitate specială. Prin urmare, acestea nu sunt dezmembrămintele ale dreptului de proprietate privată, sunt sarcini legale asupra bunului, cu caracter temporar, strâns legate de interesul general pe care urmăresc să îl satisfacă

Dacă, însă, titularul unei servituți convenționale, al unui drept de uzufruct ori al unei superficii, deci al unui veritabil dezmembrământ al dreptului de proprietate, este o autoritate publică sau un titular de autorizație, permis sau licență care îi permitea să desfășoare o activitate de interes public legată de protecția mediului, se poate admite că dezmembrămintele proprietății private devin instrumente juridice ce pot fi utile pentru asigurarea unui mediu sănătos. Ideea de destinație, de afectare a bunului în scopul protecției mediului este esențială, după cum esențial este și acordul proprietarului pentru această destinație, în momentul constituirii convenționale a dezmembrământului.

4. Limitările legale la nivelul atributului dispoziției juridice a dreptului de proprietate pot servi ca instrument de protecție a mediului. Exercițarea dreptului de preempțiune de către stat sau unitățile administrativ-teritoriale în cazul vânzării monumentelor istorice ori regimul juridic special al fondului forestier, impus prin reglementările Codului silvic, se adaugă mijloacelor prin care devine realizabilă protecția mediului. Se realizează o formă de control al circulației unor bunuri care prezintă importanță deosebită pentru mediu.

5. În fine, exproprierea pentru cauză de utilitate publică, atât în reglementarea Codului civil, cât și a legilor speciale, asigură sustragerea bunului din proprietatea privată și includerea lui în proprietatea publică. Autoritățile publice pot stabili, ulterior exproprierii, regimul de protecție necesar pentru bunurile expropriate, pentru a le conserva valoarea²⁶.

²⁶ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 150-151; C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 140; I. Sferdian, *op. cit.*, pp. 317-333.

I.

Este necesară o metodologie a construirii hotărârii judecătorești?

Is a Methodology for Drafting Judicial Decisions Necessary?

Lect. univ. dr. **Dana-Maria Diaconu***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Cuvinte cheie: metodologie judiciară, flexibilitate, dezvoltarea profesională, implicații practice, principii directoare.

Keywords: judicial methodology; flexibility; professional development; practical implications; guiding principles.

Pentru a fi asigurat dreptul la un proces echitabil, în sensul autonom al art. 6 par. 1 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, dar și conform dreptului care s-a obiectivat în cea mai mare parte a lumii, este impusă judecătorilor obligația pozitivă de a motiva hotărârea judecătorească.

O hotărâre nemotivată este, din punctul de vedere al culturii juridice, un produs de neînchipuit al justiției, scandalos și reprobabil, iar din punct de vedere procedural sunt amenajate legislativ mijloace juridice foarte bine puse la punct de pentru a remedia o asemenea eventualitate.

Cu toate acestea, în lipsa unei metodologii pentru identificarea și punerea în formă scrisă a motivării hotărârii, anterior pronunțării, este foarte probabil ca, în realitate, să regăsim rar hotărâri motivate. Probabilitatea este și mai mare în cazul hotărârilor pronunțate de instanțe colegiale, unde, la subtilitatea identificării și formulării motivelor, se adaugă și dificultatea compromisului sau a dialogului real între membrii completului de judecată.

Să fie imparțial nu este ceva firesc pentru om. La fel, să identifice resorturile care determină o decizie proprie nu este o înclinație naturală. Dar aceste două aptitudini sunt cerute prin lege judecătorului, care *trebuie* să fie imparțial și *trebuie* să ex-pună prin formulare scrisă motivele (de fapt și de drept) care au stat la baza deciziei sale. Aceste obligații, care țin de profesia de judecător sunt stabilite prin norme juridice care reglementează nu doar gândirea judecătorului, ci și disponibilități, *habitus*-uri, resorturi care țin de ființa judecătorului, de valorile pe care le consideră sau de scopuri.

Mult mai naturală și mai convenabilă este identificarea unei *justificări* pentru decizie. Justificarea este aproape un act reflex, atașat deciziilor de tot felul, mult mai la îndemână și

* dana.diaconu@e-uvt.ro.

mai puțin apăsătoare. Însă justificarea este *logic consecutivă* și *cronologic ulterioară deciziei...* și nu este cerută de lege. Totuși, în lipsa unei metodologii etapizate a construirii hotărârii judecătorești, justificarea poate foarte ușor lua locul motivării, în practica instanțelor.

Faptul că justificarea disimulează atât de bine motivarea, ambele fiind răspunsul la un „de ce?” simplifică semnificativ munca judecătorului și pune părțile litigante în fața unei hotărâri judecătorești care doar aliniază decizia instanței la starea de fapt și la finalitățile dreptului, fără să ofere ceea ce legea însăși cere, adică motivele reale din care a emers soluția din cazul judecat.

Problema a fost analizată și de Curtea Constituțională, în considerentele Deciziei nr. 233 din 7 aprilie 2021 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 400 alin. (1), ale art. 405 alin. (2) și (3) și ale art. 406 alin. (1) și (2) C. pr. pen.¹.

Decizia Curții a determinat intervenția legiuitorului român asupra Codului de procedură penală prin Legea nr. 130 din 12 mai 2021 pentru modificarea și completarea Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală² și a atras atenția juriștilor asupra acestei probleme de procedură, ceea ce a condus la propuneri *de lege ferenda* și în materia procedurii civile, în sensul modificării Codului de procedură civilă pentru a fi asigurată motivarea și redactarea hotărârii civile, anterior pronunțării acesteia³.

Însă modificările aduse de legiuitor, chiar dacă iau în considerare problematica pusă în discuție de Decizia nr. 233 din 7 aprilie 2021 a Curții Constituționale și chiar dacă dispun ca hotărârea unei instanțe de judecată trebuie să fie redactată anterior la momentul pronunțării, sunt totuși insuficiente și nu asigură, în opinia noastră, finalitatea motivării hotărârii judecătorești și dreptul la un proces echitabil recunoscut art. 21 alin. (3) din Constituția României și a art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Sunt necesare în dreptul românesc atât norme de procedură care să specifice obligația formulării considerentelor hotărârii anterior momentul pronunțării, dar mai cu seamă metodologii și reguli de bună practică care să standardizeze un mod de lucru care să asigure în mod efectiv o deliberare colegială reală și într-un timp *anterior pronunțării hotărârii*. Acest mecanism standardizat ar putea furniza garanțiile că hotărârea conține cu adevărat

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 508 din 17.05.2021. Curtea constată explicit că „redactarea hotărârii judecătorești - motivarea în fapt și în drept a soluției - ulterior pronunțării acesteia, în termenul reglementat la art. 406 din Codul de procedură penală ori la o altă dată, plasată în timp după epuizarea termenului menționat anterior, constituie de fapt *justificarea [s.n. – D.D.]* soluției reținută în minută. Or, Curtea reține că dreptul la un proces echitabil, în sensul autonom al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, impune pronunțarea unei hotărâri motivate, iar nu justificarea ulterioară a soluției pronunțate” (par. 53 al Deciziei nr. 233/2021 a Curții Constituționale).

² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 493 din 12 mai 2021.

³ În acest sens, a se vedea C. Roșu, F. Popa, A. Speriusi-Vlad, C. Lungănașu, *Propuneri referitoare la soluționarea cu celeritate a procesului civil*, din Revista „Dreptul” nr. 4/2022, p. 40-42; Gh.-L. Zidaru, Paul Pop, *Drept procesual civil, Procedura în fața primei instanțe și în căile de atac*, Ed. Solomon, București, 2020.

considerentele sale, care sunt *logic antecedente* și *cronologic anterioare* soluției judecătorești, respectiv singurul care asigură că motivarea cerută de legiuitor nu se transfigurează din diferite rațiuni, în practica zilnică a instanțelor, într-o regretabilă justificare. În plus, *identificarea* considerentelor și *formularea* lor (ce împreună echivalează, în fapt, cu *redactarea* hotărârii) sunt *interdependente*, iar această punere în relație reclamă ca procedurile și regulile de bună practică să încurajeze membrii completului de judecată să transpună cazul dedus judecății într-o *comunitate de înțelegere*, creată *ad-hoc* și mediată de judecătorul redactor.

Standardul la care ne referim este și mai complex în cazul în care *mai mulți* judecători sunt investiți pentru a da o (*singură*) soluție.

În cazul în care instanța investită este formată din judecător unic, parcursul este mai simplu: judecătorul identifică în primul rând considerentele de fapt și de drept, prin chiar formularea lor în scris, înainte de orice alt demers, ceea ce îi permite să creioneze un prim portret mental al hotărârii. Pe parcursul redactării hotărârii, procesul complex al *formulării*, al punerii în formă scrisă este o ocazie de analiză, când sunt reperate argumente de doctrină și de jurisprudență favorabile, când sunt punctate aspectele esențiale, (re)organizate argumentele. Această ocazie (care este vag prezentă în varianta de procedură care permite motivarea hotărârii ulterior pronunțării) este aptă să determine nuanțarea perspectivelor și chiar schimbări spectaculoase ale abordării cazului de către judecător.

Cu această ocazie, judecătorul unic va opera nu doar cu legea, ci și cu teorii sau concepte juridice complexe, va asuma autoritatea anumitor raționamente juridice și principii de drept⁴, se va angaja în raționament din perspectiva propriei pregătiri juridice, cu o anumită viziune generală asupra dreptului, societății, persoanelor și omului, precum și din perspectiva unui anumit rol pe care consideră că îl are el însuși ca judecător. Nu în ultimul rând, astfel cum arată studii recente, va face foarte probabil și un raționament cu privire la considerente pe care nu are interes să le exhibe⁵. În universul lui deliberativ este doar el, cu vocea rațiunii sale. Nu trebuie să partajeze această deliberare cu nimeni.

Pentru cazul în care însă instanța investită este un complet format din mai mulți judecători, nu regăsim reglementată *normativ* o metodă concretă de lucru pentru ca un complet colegial să delibereze sau să redacteze o hotărâre, și tocmai de aceea normele juridice privind deliberarea sau redactarea hotărârii judecătorești pot fi aplicat în practica curentă de către membrii unui complet *în orice modalitate*. Cel mai probabil în practica

⁴ Enrico Pattaro subliniază „intrarea sub autoritate” a unor achiziții ale rațiunii, respectiv aportul școlii dreptului natural la codificarea principiilor dreptului (cf. E. Pattaro, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, Club Bologna, 1986, vol. II, p. 40). Or, judecătorii asumă mai mult sau mai puțin autoritatea unor principii ale dreptului, sesizând fiecare în mod diferit distanța dintre a folosi/evita o asemenea achiziție a rațiunii, larg acceptată și a folosi/evita o dispoziție a dreptului pozitiv.

⁵ Mathilde Cohen, *When Judges Have Reasons Not to Give Reasons - A Comparative Law Approach*, ianuarie 2015, https://www.researchgate.net/publication/328686878_When_Judges_Have_Reasons_Not_to_Give_Reasons_-_A_Comparative_Law_Approach, pp. 483-571.

instanțelor este ca, după o deliberare neprecedată de identificarea și redactarea considerentelor, doar *unul dintre membrii* completului de judecată care a participat la soluționarea cauzei, să redacteze hotărârea (respectiv să redacteze acea hotărâre care poate să susțină soluția completului de judecată), iar ceilalți judecători să semneze doar hotărârea redactată în această manieră. Or, acest mod de lucru furnizează *de cele mai multe ori* o justificare a soluției, iar nu motivarea ei (cu motivele completului de judecată).

Identificarea considerentelor și a soluției, pe de o parte, și *formularea* lor (care echivalează în fapt cu *deliberarea și redactarea* hotărârii), pe de alta parte, sunt *interdependente*. O deliberare reală presupune identificarea de către toți judecătorii completului de judecată, nu doar a soluției, ci mai întâi a tuturor considerentelor, motive de fapt și de drept și nu poate fi *independentă* de redactarea efectivă a hotărârii. Membrii completului de judecată, deși separat sunt personalități cu viziuni panoramice asupra dreptului, asumate și cu receptări particulare ale speței, reprezintă împreună *o comunitate de înțelegere*, care poate și trebuie să ia decizii comune.

Modalitatea practică în care se delimitează în scopul luării unei decizii comune este un subiect extrem de vast și de complex, și tocmai de aceea este atât de necesară o abordare standardizată. Spre exemplificare, o metodologie a lucrărilor completului, poate prevedea ca judecătorul însărcinat cu redactarea hotărârii să înțeleagă și să confirme punctele de vedere ale tuturor judecătorilor (într-un prim moment al deliberării), să redacteze consecutiv o primă variantă a considerentelor hotărârii, să comunice această variantă fiecărui membru al completului. După discutarea acestei variante (într-un al doilea moment al deliberării) de către membrii completului, ar putea avea loc înlăturarea argumentelor slabe, nerelevante, inacceptabile, nerezonabile, neîntemeiate, neadaptate, subsidiare, inferioare, superflue, iar judecătorul însărcinat cu redactarea hotărârii ar putea redacta o formă scrisă a considerentelor până când toți judecătorii completului își regăsesc gândirea reprezentată de exprimarea judecătorului-redactor sau apreciază că trebuie să exprime opinii separate sau concurente. Al treilea moment al deliberării ar permite, în final, identificarea soluției care rezultă din considerentele completului (ale majorității membrilor completului), iar judecătorul însărcinat cu redactarea hotărârii ar putea trece la redactarea dispozitivului și ar finaliza redactarea hotărârii.

Provocarea intervenției constă în a discuta dacă o metodologie a construirii hotărârii judecătorești este indispensabilă sau putem accepta că o reglementare generală a obligației de motivare a hotărârii judecătorești este suficientă pentru a asigura, în practica instanțelor, o reală motivare a hotărârilor.

II.

***Sui Generis*: Dilema dintre Uniformitate și Unicitate în Justiție – Răspuns la articolul „Este necesară o metodologie a construirii hotărârii judecătorești?”**

***Sui Generis*: The Dilemma between Uniformity and Uniqueness in the Justice System – Response to the Article „Is a Methodology for Drafting Judicial Decisions Necessary?”**

Conf. univ. dr. **Alin Speriusi-Vlad**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

„Justiția nu este un IKEA unde o singură cheie imbus rezolvă tot”
Autor anonim ☺

I.

Într-o dimineață însorită, în parc, două figuri de seamă ale justiției, judecătorul Ionescu și judecătorul Vasilescu, se întâlnesc întâmplător. Ionescu, veteran al justiției, era fascinat de un spectacol de magie pentru copii, unde un magician transforma obiecte banale în lucruri neașteptate. Vasilescu, mult mai tânăr și învățând mereu de la colegul său mai experimentat, observa și el cu amuzament.

„Știi, Vasilescu,” a început Ionescu, „magicianul ăsta mă face să mă gândesc la munca noastră. Luăm probe aparent banale și le transformăm în decizii juridice complexe și fundamentate.”

Vasilescu a râs și a replicat: „Așa este, dar spre deosebire de magician, noi nu putem pur și simplu să băgăm probele într-un joben și să scoatem o sentință!”

Ambii au râs de comparație. Cu toate acestea, în acest râs, a existat o recunoaștere a profundității și complexității muncii lor. Acest articol explorează modul în care, în ciuda probelor aparent banale sau directe, o hotărâre judecătorească necesită discernământ, analiză și, da, chiar și un strop de magie.

II.

Dana Diaconu adresează o problemă foarte importantă în sistemul juridic: necesitatea unei metodologii pentru construirea hotărârii judecătorești. Ea susține că, deși judecătorilor le este impusă obligația de a motiva hotărârea, în absența unei metodologii clare pentru

aceasta, există riscul ca hotărârile să fie adesea nemotivate, mai ales în cazul instanțelor colegiale.

Articolul se axează pe diferența dintre motivarea reală a unei hotărâri și o simplă justificare post-factum. Justificarea, argumentează Dana, este un act reflex care apare după decizie și nu este cerut de lege. În contrast, motivarea este necesară și trebuie să fie logic anterioară soluției judecătorești.

Curtea Constituțională a României s-a pronunțat și ea asupra acestei probleme, iar decizia sa a condus la modificări legislative. Totuși, articolul sugerează că aceste modificări nu sunt suficiente pentru a asigura o motivare reală și corectă a hotărârilor. Astfel, este necesară o metodologie și reguli de bună practică care să standardizeze modul de construire a hotărârii.

Când este vorba de o instanță cu un singur judecător, procesul pare mai simplu. Judecătorul poate identifica considerentele de fapt și de drept și poate creiona o imagine a hotărârii în mintea sa. Însă, când instanța este formată din mai mulți judecători, nu există o metodă clară de deliberare sau redactare a hotărârii.

În concluzie, susține Dana Diaconu este evident că există o nevoie stringentă de claritate și metodologie în procesul de construire a hotărârii judecătorești. Acest lucru nu doar că va crește încrederea în sistemul juridic, dar va asigura și dreptul la un proces echitabil pentru toate părțile implicate.

III.

După o analiză detaliată a articolului Danei Diaconu, se poate observa o preocupare profundă pentru standardizarea și optimizarea procesului decizional în cadrul instanțelor. Argumentele prezentate sugerează că o metodologie solidă, aplicată în mod consecvent, poate asigura o justiție mai eficientă și mai echitabilă. Apreciez efortul de a scoate în evidență importanța structurării deciziilor judecătorești. Cu toate acestea, alăturându-mă dezbaterii, aș vrea să îmi expun propriul punct de vedere cu privire la acest subiect, câteva argumente care oferă o perspectivă alternativă asupra temei.

1. Variabilitatea și Complexitatea Cazurilor: O metodologie uniformă ar putea fi dificilă de implementat având în vedere vasta gamă de cazuri care se prezintă în fața instanțelor. Există cazuri simple, cu fapte clare, dar sunt și cazuri complexe, cu multiple straturi de analiză.

2. Flexibilitate versus Rigurozitate: O metodologie strictă ar putea aduce claritate, dar ar putea limita, în același timp, flexibilitatea necesară pentru adaptare la circumstanțele unice ale fiecărui caz. Ar trebui să ne întrebăm dacă dorim decizii standardizate sau decizii care reflectă profunzimea și diversitatea problemelor juridice.

3. Dezvoltarea Judecătorilor: Inducerea unei metodologii stricte ar putea limita dezvoltarea profesională a judecătorilor, împiedicându-i să își dezvolte stilul propriu de motivare și argumentare.

4. **Transparența Deciziilor:** Pe de o parte, o metodologie bine definită ar putea spori transparența și predictibilitatea hotărârilor. Pe de altă parte, un format prea rigid ar putea duce la decizii mecanice, care ar putea părea reci sau deconectate de realitățile societății.

5. **Implicații Practice:** Implementarea unei metodologii ar impune o revizuire extinsă a modului în care judecătorii sunt formați și ar putea necesita o reconsiderare a resurselor și a timpului alocat pentru deliberări.

Chiar dacă discuția privind necesitatea unei metodologii în construcția hotărârilor judecătorești este validă și valoroasă, cred că soluția nu se rezumă la adoptarea unei abordări uniforme. Ar putea fi benefic să ne îndreptăm atenția spre crearea unui set de principii directe, mai degrabă decât a unei metodologii rigide, permițând astfel judecătorilor să își păstreze autonomia în procesul decizional.

IV.

Fiecare caz adus în fața justiției are propria sa unicitate, chiar dacă scopul este de a aplica legea în mod uniform. Această diversitate provine din nenumărate factori. Disputele pot fi simple, asemenea unui litigiu contractual sau unei neînțelegeri între vecini, sau pot fi de o complexitate extremă, cum ar fi fraudele la nivel corporativ sau infracțiunile comise de grupuri organizate. Uneori, cazurile se concentrează pe două părți și o singură probă clară, în timp ce în alte situații se pot implica multiple entități, martori, experți și sute de probe cu relevanță variabilă. În plus, în timp ce un caz poate fi ghidat de o singură lege, un altul poate necesita interpretarea a mai multor legi, uneori chiar cu prevederi care par să se contrazică.

În acest context, a cere judecătorilor să urmeze o metodologie uniformă s-ar putea dovedi o adevărată provocare. Ceea ce poate fi adecvat pentru un caz simplu s-ar putea să nu se potrivească deloc pentru unul mai complicat. Judecătorii, cu toată expertiza și cunoașterea lor, ar trebui să dispună de suficientă libertate pentru a se adapta la fiecare situație. Deși un cadru general poate ajuta la consistența deciziilor, este crucial să menținem un echilibru, astfel încât să nu limităm capacitatea judecătorilor de a lua în considerare nuanțele fiecărui caz.

În universul justiției, se încrucișează adesea două principii: nevoia de predictibilitate și claritate, asociată cu rigurozitatea, și cea de adaptabilitate și personalizare, legată de flexibilitate. Rigurozitatea are avantajele sale: permite anticiparea rezultatelor, asigură aplicarea uniformă a legii și limitează subiectivitatea deciziilor. Acest lucru înseamnă că persoane în situații asemănătoare pot anticipa un tratament similar în fața legii, și pot fi mai înclinate să evite litigiile știind ce să aștepte.

Pe de altă parte, flexibilitatea joacă un rol crucial în adaptarea la fiecare caz, ținând cont de nuanțele și detaliile unice. Ea permite o abordare a justiției care este personalizată și echitabilă, și dă sistemului posibilitatea de a se adapta la probleme juridice noi sau neexplorate.

Totuși, găsirea echilibrului corect este crucială. Un sistem prea rigid poate fi inflexibil, neajustându-se la complexitatea vieții. În contrast, un sistem prea flexibil poate deveni imprevizibil, ceea ce ar putea eroda încrederea în justiție. Deci, ne confruntăm cu o dilemă:

dorim uniformitate sau recunoașterea diversității fiecărui caz? Cum alegem să răspundem la această întrebare ar putea dicta evoluția viitoare a sistemului nostru juridic.

Un judecător nu se definește doar prin aplicarea literei legii, ci și prin interpretarea și analiza acesteia într-un mod care ține cont de spiritul său. Elemente precum experiența și viziunea personală pot influența aceste decizii. Un aspect esențial este diversitatea de experiențe și perspective. De pildă, un judecător specializat în dreptul familiei poate avea o viziune diferită de unul cu expertiză în domeniul comercial.

Cu timpul, judecătorii își formează un stil unic de argumentare, influențat de mentorii lor, studii și experiențe anterioare. Acest stil nu indică subiectivitate, ci mai degrabă o abordare consistentă și argumentată. Dacă adoptăm o metodologie prea riguroasă, această evoluție unică ar putea fi inhibată, riscând transformarea judecătorilor în simpli executori ai legii, fără spațiu pentru discernământ.

Un sistem juridic care valorizează diversitatea abordărilor judecătorilor poate beneficia de interpretări mai nuanțate ale legii. Concluzionând, evoluția judecătorilor nu constă doar în acumularea de cunoștințe, ci și în cultivarea unei perspective proprii. O abordare prea uniformă ar putea inhiba această creștere, afectând calitatea deciziilor juridice.

Transparența în deciziile juridice este esențială pentru menținerea încrederii publicului în sistemul de justiție. Este vital ca deciziile judecătorești să fie nu doar echitabile, ci și ușor de înțeles și accesibile pentru toți cei interesați. Avantajele unei abordări clare și bine definite sunt evidente, oferind o previzibilitate mai mare pentru părțile implicate în procese. Prin stabilirea unei metodologii uniforme, cei implicați pot avea așteptări clare despre cum vor fi tratate cazurile lor și cum vor decide judecătorii. Aceasta poate duce, de asemenea, la decizii mai uniforme și echitabile în toate instanțele.

Cu toate acestea, există și riscuri asociate cu o metodologie prea riguroasă. O astfel de abordare poate duce la decizii care par a fi luate într-un mod mecanic, fără a lua în considerare complexitatea și specificul fiecărui caz individual. Fiecare caz, chiar dacă poate avea asemănări cu altele, are particularități care ar trebui recunoscute și tratate în mod corespunzător. Mai mult, judecătorii nu doar că aplică legea, dar o interpretează și în lumina realităților actuale ale societății. O metodologie rigidă ar putea duce la decizii care, deși corecte din punct de vedere tehnic, nu reflectă nevoile și realitățile comunității.

În esență, deși există multe avantaje în adoptarea unei metodologii clare și bine definite, este esențial să se mențină un echilibru pentru ca deciziile să rămână relevante și conectate la lumea în care sunt aplicate. Aceasta asigură că justiția rămâne nu doar un concept teoretic, ci o realitate practică în mod corect și eficient.

Adoptarea unei noi metodologii în sistemul judiciar implică o serie de consecințe practice de luat în considerare. Pentru început, formarea judecătorilor ar trebui să se adapteze acestei schimbări. Asta ar presupune o reconfigurare a curriculumului, implicând crearea de noi materiale didactice și sesiuni de formare. Judecătorii existenți ar avea, de asemenea, nevoie de o recalificare pentru a se alinia noilor practici, ceea ce ar implica resurse și timp adițional.

Din perspectiva resurselor, implementarea unei astfel de metodologii necesită o investiție semnificativă inițială. Aceasta ar cuprinde costuri pentru materiale de instruire, salarizarea formatorilor, tehnologie și altele. Pe lângă aceste investiții de început, sistemul judiciar ar putea avea nevoie și de fonduri pentru actualizările periodice ale metodologiei.

În plus, o nouă metodologie ar putea schimba ritmul și dinamica procesului decizional în instanțe. Adoptarea unei abordări mai structurate ar putea alungi deliberările și, implicit, durata rezolvării cazurilor. Acest lucru ar putea avea implicații atât pentru părțile implicate, cât și pentru eficiența generală a sistemului. Procedurile judiciare actuale ar putea, de asemenea, avea nevoie de revizuire pentru a corespunde noilor standarde.

V.

De ce nu ar trebui să dăm judecătorilor un singur instrument pentru a rezolva toate cazurile? Pentru că justiția nu este un IKEA unde o singură cheie imbus rezolvă tot! Deși un cadru uniform ar putea părea atractiv, fiecare caz are nevoie de o abordare specifică și nu putem aplica aceeași "soluție" tuturor problemelor.

Adoptarea unei noi metodologii judiciare reprezintă o alegere complexă cu implicații multiple. Deși poate aduce beneficii în privința clarității și uniformității, e important să se țină cont de implicațiile practice și de potențialul impact asupra eficienței sistemului în fața schimbărilor continue ale societății.

Având în vedere diversitatea și complexitatea cazurilor care ajung în instanță, adoptarea unei metodologii uniforme s-ar putea dovedi nepotrivită sau chiar nefavorabilă în unele situații. Deși o abordare strictă ar furniza o direcție clară, există pericolul de a limita flexibilitatea judecătorilor în a se adapta la particularitățile fiecărui caz. Astfel, deciziile pot deveni conforme cu metodologia, dar pot rata să servească interesul justiției sau al părților implicate.

Este esențial să nu neglijăm dezvoltarea profesională a judecătorilor. Limitările prea stricte ar putea inhiba evoluția lor și capacitatea de a inova sau de a răspunde la schimbările din jurisprudență și societate. Desigur, un cadru bine definit ar putea îmbunătăți coerența deciziilor, dar, dacă este prea rigid, riscă să facă hotărârile să pară impersonale, afectând astfel încrederea în justiție. De asemenea, trebuie avute în vedere implicațiile practice ale unei abordări rigide, cum ar fi impactul asupra formării, alocării resurselor și procesului decizional, care ar putea aduce mai multe dezavantaje pe termen lung.

Astfel, în timp ce discuția despre stabilirea unei metodologii pentru hotărârile judecătorești este importantă, abordarea cea mai potrivită ar fi să stabilim un set de principii directoare, oferindu-le astfel judecătorilor un cadru de referință fără a le limita autonomia și capacitatea de a aborda specificul fiecărui caz.

I.

Ordine și dezordine în procedura civilă

Order and Disorder in Civil Procedure

Asist. univ. dr. **Cătălin Lungănașu***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Cuvinte-cheie: *principiul disponibilității, rolul activ al judecătorului, excepții procesuale, soluționare, executare silită.*

Keywords: *principle of availability; active role of the judge; procedural exceptions; resolution; enforcement.*

1. Principiul disponibilității vs. rolul activ al instanței – condiționare, suprapunere, conflict sau complementaritate între cele două?

Prima problemă pe care o supunem atenției este relevantă de o soluție jurisprudențială recentă în care se aduce în discuție, mai mult sau mai puțin explicit, rolul activ pe care instanța civilă ar trebui să îl manifeste în raport cu principiul disponibilității părților (mai exact, cel recunoscut reclamantului).

Cazul practic la care ne referim privește următoarea speță: prin cererea de chemare în judecată formulată, reclamanta S.C.L. a solicitat obligarea pârâtului S.V. la plata sumei de 2.000 lei, respectiv restituirea prețului achitat pârâtului de reclamantă. În fapt, din probele administrate în cauză, Judecătoria Timișoara a reținut că, potrivit facturii fiscale nr. X din 22.03.2019, pârâtul S.V., în calitate de expert judiciar, a stabilit suma de 2.000 lei cu titlu de preț pentru servicii reprezentând „intabulare garaj str. I. V. nr. X” ce urmează a fi prestate pentru cumpărătura S.C.L. Conform chitanței nr. X din data de 22.03.2019, reclamanta a achitat pârâtului suma de 2.000 lei cu titlu de „onorariu intabulare garaj str. I. V. nr. X”. Conform Notificării înregistrate sub nr. X/10.09.2020 comunicată prin BEJ C.I. la data de 15.09.2020, reclamanta a solicitat pârâtului ca în termen de 10 zile de la comunicare, fie îi comunică dovada intabulării garajului, fie îi restituie suma achitată cu titlu de onorariu.

Prima instanță a respins cererea de chemare în judecată¹, reținând incidența dispozițiilor art. 1270 alin. (1)², precum și ale art. 1516³ și art. 1550 alin. (1)

* catalin.lunganasu@e-uvt.ro.

¹ Judecătoria Timișoara, s. I civ., sent. civ. nr. 1979/08.02.2022, *nepublicată*.

² Art. 1270 alin. (1) C. civ. menționează: «Contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante».

³ Art. 1516 C. civ. stabilește următoarele: «(1) Creditorul are dreptul la îndeplinirea integrală, exactă și la timp a obligației.

C. civ.⁴ Din materialul administrat în cauză a rezultat că între părți s-a încheiat un contract de prestări servicii, contract care este în vigoare și în prezent. Cu toate acestea, deoarece reclamanta nu a solicitat instanței de judecată să dispună, în primul rând, rezoluțiunea contractului și nu a făcut dovada rezoluțiunii contractului pe altă cale, dreptul prevăzut de art. 1554 alin. (1) teza finală C. civ.⁵ nu este născut la acest moment. Nu se poate accepta interpretarea conform căreia rezoluțiunea contractului este subsumată singurului capăt de cerere principală formulat deoarece este vorba de două instituții juridice distincte, iar art. 1550 alin. (1) C. civ. menționează că rezoluțiunea trebuie solicitată de partea interesată.

Împotriva acestei sentințe, în termen legal, uzând de dreptul conferit de legea procesuală civilă, a declanșat calea de atac a apelului reclamanta S.C.L. În susținerea căii de atac, apelanta a arătat că, din probatoriul administrat în dosarul cauzei, starea de fapt a fost confirmată, respectiv că după trecerea celor 6 luni cât a fost stabilit pentru executarea lucrării, pârâtul nu a mai răspuns apelurilor sale telefonice. Apelanta apreciază că este îndreptățită să solicite și să declare unilateral rezoluțiunea (desființarea contractului și restituirea onorariului) deoarece lucrarea nu a fost executată, pârâtul a evitat-o sistematic și până la depunerea întâmpinării nu i-a comunicat nimic legat de lucrare.

Prin decizia civilă⁶ pronunțată, Tribunalul Timiș a respins apelul formulat de apelanta S.C.L. în contradictoriu cu intimatul S.V. împotriva sentinței civile pronunțate de Judecătoria Timișoara ca nefondat și a luat act că intimatul nu a solicitat cheltuieli de judecată. Pentru a pronunța astfel, tribunalul a reținut incidența aceluiași dispoziții legale de drept material evocate și de Judecătoria Timișoara, reiterând că nu se poate accepta interpretarea conform căreia rezoluțiunea contractului este subsumată singurului capăt de cerere principală formulat privind restituirea prețului plătit deoarece este vorba de două instituții juridice distincte, iar art. 1550 alin. (1) C. civ. menționează că rezoluțiunea trebuie solicitată de partea interesată.

De altfel, tribunalul a apreciat că, în realitate, prima instanță ar fi trebuit a respinge cererea formulată de apelanta-reclamantă ca prematură având în vedere că dreptul pretins încă nu s-a născut din moment ce însăși cauza acestuia, desființarea actului juridic în mod retroactiv, nu s-a realizat, contractul încheiat între părți fiind pe mai departe valabil. Cu toate acestea, dispozițiile art. 481 C. pr. civ. împiedică o asemenea modificare a soluției date de prima instanță întrucât ar fi încălcat principiul *non reformatio in pejus*.

(2) Atunci când, fără justificare, debitorul nu își execută obligația și se află în întârziere, creditorul poate, la alegerea sa și fără a pierde dreptul la daune-interese, dacă i se cuvin:

1. să ceară sau, după caz, să treacă la executarea silită a obligației;
2. să obțină, dacă obligația este contractuală, rezoluțiunea sau rezilierea contractului ori, după caz, reducerea propriei obligații corelative;
3. să folosească, atunci când este cazul, orice alt mijloc prevăzut de lege pentru realizarea dreptului său».

⁴ Art. 1550 alin. (1) C. civ. prevede că «Rezoluțiunea poate fi dispusă de instanță, la cerere, sau, după caz, poate fi declarată unilateral de către partea îndreptățită».

⁵ Art. 1554 alin. (1) C. civ.: «Contractul desființat prin rezoluțiune se consideră că nu a fost niciodată încheiat. Dacă prin lege nu se prevede altfel, fiecare parte este ținută, în acest caz, să restituie celelalte părți prestațiile primite».

⁶ Tribunalul Timiș, s. I civ., dec. civ. nr. 1705/13.12.2022, *nepublicată*.

Tribunalul a reținut că repunerea părților în situația anterioară sub forma restituirii prestațiilor nu reprezintă și nici nu are cum să reprezinte o consecință a executării unui act juridic (mai exact, a unui contract), ci tocmai inexistența acestuia *ab initio* (când prestațiile au fost realizate, deși creditorul ce le-a primit nu avea dreptul și trebuie să le înapoieze), fie inexistența survenită sub forma desființării actului din diverse motive (rezoluțiune, nulitate, ineficacitate etc.). Din aceste rațiuni art. 1635 alin. (1) C. civ.⁷ face trimitere la variate cazuri de inexistență a raportului obligațional ori la invalidarea retroactivă a acestuia întrucât restituirea prestațiilor se impune doar pentru că fundamentul lor juridic ori nu a existat niciodată (plata fiind făcută fără drept), ori a dispărut cu efect retroactiv (cum e cazul anulării actului juridic civil). Tocmai aceasta este esența restituirii oricărei prestații.

Pentru atare considerente, tribunalul nu a putut adera la argumentele apelantei întrucât ar conduce *ad absurdum* la o situație paradoxală și lipsită de temei legal: prestațiile realizate cu ocazia executării unui contract ar trebui restituite, dar cu toate acestea același contract ar rămâne valabil, fiind în ființă. Evident că o asemenea construcție nu poate fi validată câtă vreme aplică în mod concomitent ipoteze ce se exclud reciproc: ori actul juridic civil rămâne valabil și produce consecințe pe mai departe, ori este desființat (*ex nunc* sau *ex tunc*, după caz) și devine de actualitate problema restituirii prestațiilor. Este cât se poate de limpede că restituirea prestațiilor este o măsură incompatibilă cu menținerea intactă a convenției părților căci, în atare ipoteză, se execută drepturile și obligațiile din raportul juridic născut prin contractul părților, nicidecum cele derivate din desființarea sau încetarea raportului respectiv.

Or, cum apelanta nici nu a făcut dovada desființării anterioare a contractului încheiat cu intimatul, **dar nici nu a solicitat în prezenta cauză o asemenea măsură din partea instanței, în raport de prevederile art. 9 alin. (2) și art. 397 alin. (1) C. pr. civ.**, instanța este ținută și limitată de principiul disponibilității părților în condițiile în care acestea au înțeles să exercite acțiunea civilă. Astfel, se observă că reclamanta nu doar că nu a solicitat și anularea sau rezoluțiunea contractului din prezenta cauză (în baza cărora a efectuat plata a cărei restituire o solicită), dar apreciază că o atare cerere distinctă nici nu ar fi fost necesară, deși tocmai aceasta ar fi fost cauza pretențiilor formulate. Or, tribunalul a reținut că interpretarea susținută de apelantă nu are fundament logico-juridic și, în mod corespunzător, nu poate fi înșușită de instanță.

Împotriva deciziei civile pronunțate de Tribunalul Timiș a formulat recurs reclamanta recurentă S.C.L. care a solicitat casarea în tot a hotărârii pronunțate, cu consecința rejudecării procesului în fond și admiterea cererii sale, cu cheltuieli de judecată. Prin decizia⁸ pronunțată, Curtea de Apel Timișoara a admis recursul, a casat decizia recurată și a trimis cauza spre rejudecare aceleiași instanțe de apel. Pentru a pronunța această soluție, instanța de recurs a reținut următoarele: motivul respingerii acțiunii a fost reprezentat de faptul că

⁷ Art. 1635 C. civ. prevede că: «Restituirea prestațiilor are loc ori de câte ori cineva este ținut, în virtutea legii, să înapoieze bunurile primite fără drept ori din eroare sau în temeiul unui act juridic desființat ulterior cu efect retroactiv ori ale cărui obligații au devenit imposibil de executat din cauza unui eveniment de forță majoră, a unui caz fortuit ori a unui alt eveniment asimilat acestora».

⁸ C. Ap. Timișoara, s. I civ., dec. civ. nr. 115/09.05.2023, *nepublicată*.

reclamanta nu a solicitat instanței de judecată să dispună, în primul rând rezoluțiunea contractului și nici nu a făcut dovada rezoluțiunii contractului pe altă cale. Instanța nu a primit interpretarea conform căreia rezoluțiunea contractului este subsumată singurului capăt de cerere principală formulat.

Prin cererea de apel reclamanta a citat dispozițiile art. 1550 alin. (1) C. civ. care sunt în sensul că rezoluțiunea poate fi dispusă de instanță, la cerere sau, după caz, poate fi declarată unilateral de către partea îndreptățită. Această ultimă teză a fost subliniată în mod expres de către apelantă. Lecturând hotărârea atacată, Curtea a observat că tribunalul nu s-a preocupat sub nicio formă de analiza acestui motiv de apel. După ce a redat mai multe texte legate de rezoluțiune, inclusiv acela menționat și de apelanta reclamantă, tribunalul a reluat paragraful din hotărârea primei instanțe, schimbând doar soluția sub forma cauzei juridice de respingere a acțiunii, arătând că cererea este prematură, din moment ce desființarea actului juridic nu s-a realizat. Mai departe, instanța de apel a explicat de ce restituirea prestațiilor nu este posibilă în cazul menținerii intacte a convenției, pentru ca în final, să reia concluzia în sensul că apelanta nu a făcut dovada desființării anterioare a contractului încheiat cu intimatul, dar nici nu a solicitat în prezenta cauză o asemenea măsură, instanța fiind ținută de principiul disponibilității părților.

Omisivarea analizării unui motiv de apel reprezintă o critică susceptibilă de încadrare în dispozițiile art. 488 alin. (1) pct. 6 C. pr. civ., fiind evidentă în speță, după redarea succesiunii în timp a actelor judiciare ale părților, raportat la motivarea emisă de către prima instanță pentru respingerea acțiunii.

Cu privire la obligația analizării de către instanță a motivelor de apel invocate de reclamanta apelantă, Curtea a subliniat că obligația analizării motivelor folosite de părți în susținerea cererilor formulate, precum și examinarea cererilor acestora sunt garantate de dispozițiile art. 6 par. 1, teza I din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, conform căroră: „orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil (...)”. În concepția Curții Europene a Drepturilor Omului, între garanțiile dreptului la un proces echitabil, în sensul art. 6 par. 1 din Convenție, se înscrie și obligația tribunalelor de analiza efectiv cererile și argumentele prezentate de părți în motivarea cererilor lor.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a arătat – în par 30 al hotărârii date la 28 aprilie 2005 în cauza Albina împotriva României⁹ – că „dreptul la un proces echitabil, garantat de art. 6.1 din Convenție include printre altele dreptul părților de a prezenta observațiile pe care le consideră pertinente pentru cauza lor. Întrucât Convenția nu are drept scop garantarea unor drepturi teoretice sau iluzorii, ci drepturi concrete și efective (Hotărârea Artico împotriva Italiei din 13 mai 1980, seria A, nr. 37, p. 16, par. 33), acest drept nu poate fi considerat efectiv decât dacă aceste observații sunt în mod real „ascultate”, adică în mod corect examinate de către instanța sesizată. Altfel spus, art. 6 implică mai ales în sarcina

⁹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1049 din 25 noiembrie 2005.

„instanței” obligația de a proceda la un examen efectiv al mijloacelor, argumentelor și al elementelor de probă ale părților, cel puțin pentru a le aprecia relevanța [Hotărârea Perez împotriva Franței (GC), Cererea nr. 47.287/99, paragraful 80, CEDH 2004-I și Hotărârea Van der Hurk împotriva Olandei, din 19 aprilie 1994, seria A, nr. 288, p. 19, par. 59].”

De asemenea, într-o altă hotărâre pronunțată împotriva României, respectiv în hotărârea din 28 iunie 2005 în cauza Virgil Ionescu contra România¹⁰, la par. nr. 44, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reiterat că „întrucât Convenția nu își propune să garanteze drepturi teoretice sau iluzorii, ci drepturi concrete și efective (Cauza Artico împotriva Italiei, Hotărârea din 13 mai 1980, seria A nr. 37, p. 16, par. 33), dreptul la un proces echitabil nu poate fi considerat efectiv decât dacă cererile și observațiile părților sunt într-adevăr „auzite”, adică examinate conform normelor de procedură de către tribunalul sesizat. Altfel spus, art. 6 impune „tribunalului” obligația de a proceda la o examinare efectivă a motivelor, argumentelor și a cererilor de probatoriu ale părților, cu excepția aprecierii relevanței (Cauza Van de Hurk împotriva Olandei, Hotărârea din 19 aprilie 1994, seria A nr. 288, p. 19, paragraful 59, și Cauza Dulaurans împotriva Franței, Hotărârea din 21 martie 2000, Cererea nr. 34.553/1997, par. 33).

În aceste condiții, Curtea a considerat că examinarea efectivă a argumentelor și cererilor invocate de părți apare ca o obligație esențială impusă instanțelor române. În consecință, instanța de apel avea obligația analizării argumentelor prezentate de către ambele părți, atât în susținerea cât și în combaterea motivelor de apel. Omitând examinarea motivelor de apel invocate de reclamantă în fața Tribunalului Timiș, instanța a pronunțat hotărârea cu încălcarea dreptului la un proces echitabil. Curtea amintește că, potrivit art. 425 alin. (1) lit. b) C. pr. civ., hotărârea va cuprinde „motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, cum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților”. Or, pronunțarea hotărârii cu nerespectarea dreptului părții la un proces echitabil, respectiv cu omisiunea analizării motivelor de nelegalitate și netemeinicie invocate constituie o încălcare a dispozițiilor antemenționate. Instanța de apel a făcut o trecere în revistă a unora dintre susținerile părților, fără a arăta în concret motivele pentru care rezoluțiunea unilaterală nu este incidentă în speță, fără a le analiza în corelație cu probatoriul administrat, precum și cu numeroasele apărări de fond invocate.

Un atare tip de motivare echivalează practic cu lipsa motivării deoarece spoliază de conținut însăși rațiunea pentru care partea se adresează unei instanțe de judecată căutând o aplicare coerentă și fundamentată a situației de drept la cea de fapt. Procedând astfel, indiferent de soluția pronunțată în cauză, părțile litigante vor putea înțelege dacă și de ce au avut sau nu dreptate, având posibilitatea de a-și corija pe viitor comportamentul. În doctrina juridică s-a arătat că, în practică, există situații când soluția cuprinsă în dispozitiv se dovedește a fi pur formală, în absența unei motivări care să o susțină, nepermițându-se deci realizarea controlului judiciar și asociindu-se de cele mai multe ori cu necesitatea suplimentării probatoriului pentru a fi lămurite și constatate în cuprinsul hotărârii împreju-

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 396 din 8 mai 2006.

rările esențiale ale cauzei. Aceste situații sunt asimilate de jurisprudență unei necercetări a fondului și determină soluția casării cu trimitere.

În concret, tribunalul a respins cererea de apel fără a releva care sunt rațiunile pentru care s-a validat hotărârea primei instanțe, prin raportare la toate motivele de apel, mărginindu-se la a afirma că soluția dată este una corectă. În rejudicare tribunalul urmează a analiza, ca urmare a administrării probelor propuse de părți, dispuse de instanță din oficiu sau pe baza celor administrate deja de judecătorie, realitatea stării de fapt descrise de către apelanta reclamantă prin prisma legislației incidente, urmând ca cererile referitoare la cheltuielile de judecată solicitate inclusiv în calea de atac a apelului să fie soluționate de către tribunal odată cu rejudicarea după casarea cu trimitere. Astfel, tribunalul va examina toate motivele de apel invocate de reclamantă și va motiva în fapt și drept soluția care se va da fiecăruia dintre acestea, se va cerceta dacă reclamanta a avut în vedere și rezoluțiunea, fie ea judiciară sau unilaterală, **fiind evident că în baza art. 22 C. pr. civ. care reglementează rolul activ al instanței, nu se impune formularea în termeni sacramentali a unei astfel de cereri.**

Raportat la cele expuse în precedent, Curtea a admis recursul exercitat de reclamanta recurentă, a casat hotărârea și a dispus trimiterea cauzei spre rejudicare Tribunalului Timiș.

2. Ordinea de soluționare a excepțiilor – competența instanței sau timbrajul cererii?

Problema poate părea oarecum artificială în condițiile în care art. 200 alin. (4) C. pr. civ. stabilește la nivel de principiu că, la expirarea termenului pentru remedierea lipsurilor cererii fără ca acestea să fi fost înlăturate – cum e și obligația de achitare a taxei judiciare de timbru – conduce la anularea cererii indiferent dacă a fost sesizată o instanță competentă sau nu. Totuși, principiul suportă anumite limitări, unele exprese, unele intuite doar. Cea expresă o identificăm în alin. (2) al art. 200 C. pr. civ., chiar dacă privește competența materială procesuală.

În cadrul competenței jurisdicționale, distingem competența materială (de atribuție) și competența teritorială. În cadrul competenței materiale (de atribuție), doctrina distinge competența materială funcțională, care se stabilește după felul atribuțiilor jurisdicționale ce revin fiecărei categorii de instanțe (de exemplu, judecata în primă instanță; judecata în apel; judecata în recurs) și competența materială procesuală, care se stabilește în raport cu obiectul, natura sau valoarea litigiului dedus judecății. În practică, noțiunea de competență funcțională este utilizată adeseori pentru a desemna repartizarea cauzelor pe secții sau complete specializate. În raport cu conceptele doctrinare, în aceste cazuri, este vorba de o competență materială procesuală, iar nu funcțională. Aceași este situația și în ceea ce privește competența care revine unor instanțe specializate (Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia nr. 18/2016 – completul pentru soluționarea recursului în interesul legii).

A doua categorie de posibilă excepție o identificăm în cazul cererilor incidentale ce nu sunt supuse procedurii prevăzute de art. 200 C. pr. civ. ori cel al contestației la executare, unde art. 717 alin. (1) C. pr. civ. exclude expres ipoteza regularizării cererii introductive, în

timp ce art. 714 C. pr. civ. stabilește reguli de competență materială procesuală, dar și de competență teritorială pentru soluționarea contestației la executare. Or, în atare împrejurări, problema (ne)competenței și cea a nulității cererii pentru neachitarea taxei judiciare de timbru ajung să fie puse în discuție la același moment procesual (termenul de judecată la care face trimitere art. 131 C. pr. civ.), sens în care principiul stabilit de art. 200 C. pr. civ. poate să se aplice în continuare sau, dimpotrivă, să cedeze în raport cu excepția necompetenței instanței inițial sesizate. O atare problemă ridică serioase discuții câtă vreme art. 248 C. pr. civ. nu pare să ofere suficiente indicii, iar argumente în favoarea prioritizării oricăreia dintre cele două excepții se găsesc aproximativ în aceeași măsură.

3. O posibilă dezordine atrasă de uitarea Codului de procedură civilă?

În subtitlu ne întrebăm întrucât nu avem certitudinea că ne aflăm în prezența unei omisiuni a legiuitorului, însă aceasta ar putea fi una din explicațiile pentru următoarea situație practică: instanța de apel¹¹ a reținut că este adevărat că, la debutul procedurii execuționale (în anul 2017) dreptul intimatei-creditoare nu era prescris, motiv pentru care apelanții-debitori nici nu aveau vreun motiv să formuleze o contestație la executare prin care să invoce o atare critică. Mai mult, formularea cererii de executare silită a condus tocmai la întreruperea termenului prescripției, sens în care a început a curge un nou termen. Totuși, contrar celor reținute de prima instanță, această împrejurare nu înseamnă că prescripția nu ar mai fi putut interveni nicidecum pe parcursul procedurii execuționale.

Se observă că în anul 2018 sunt efectuate anumite acte de executare (comunicare somație, înființare poprire) care, la rândul lor, au condus la întreruperea termenului de prescripție. Totuși, contrar celor reținute de prima instanță, Tribunalul observă că art. 784 alin. (5) C. pr. civ. nu presupune o întrerupere sau o suspendare a prescripției pe durată nelimitată prin simpla instituire a popririi, *ci trebuie ca această măsură să fie una efectivă*. Altfel spus, înființarea popririi la data de 04.04.2018, *neurmată de nicio executare efectivă* în baza acestei măsuri nu a condus la suspendarea prescripției ori la întreruperea constantă a cursului termenului de prescripție (pe toată durata măsurii), ci doar la o singură întrerupere, similar oricărui act de executare silită. Drept urmare, după acest moment a început a curge un nou termen de prescripție.

Or, în condițiile în care de la ultimul act de întrerupere a prescripției (din 13.04.2018) și până la actele de executare silită contestate în prezenta cauză (din 10.08.2022) nu s-a efectuat niciun act de executare silită și nici nu a intervenit niciun motiv care să conducă la întreruperea ori suspendarea prescripției, rezultă că, la data emiterii actelor de executare silită contestate în prezenta cauză, într-adevăr termenul de prescripție era deja împlinit, întocmai cum au susținut apelanții chiar prin cererea introductivă. Astfel, în condițiile în care între 13.04.2018 și 10.08.2022 nu se identifică niciun alt act de executare silită care să fi întrerupt prescripția, Tribunalul reține că la data emiterii actelor de executare din 2022 *termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită era deja împlinit*. Or, în

¹¹ Tribunalul Timiș, s. I civ., dec. civ. nr. 833/A/20.06.2023, definitivă, *nepublicată*.

raport de dispozițiile art. 715 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ., apelanții-contestatori pot formula distinct o contestație la executare îndreptată împotriva unor acte de executare individual determinate pentru a invoca nelegalitatea acestora întrucât au fost emise după ce titlul executoriu și-a pierdut puterea executorie. Ca atare, Tribunalul reține că persoana interesată poate invoca pe calea contestației la executare incidența prescripției dreptului de a obține executarea silită survenită pe parcursul procedurii execuționale, atacând astfel actele de executare efectuate după împlinirea termenului de prescripție.

Având în vedere cele de mai sus, urmare a admiterii căii de atac formulate în cauză, Tribunalul va schimba în tot încheierea civilă pronunțată de Judecătoria Timișoara în dosarul nr. xyz în sensul că va admite contestația la executare formulată de contestatori în contradictoriu cu intimata, drept urmare, va anula procesul-verbal de sechestrul din data de 10.08.2022 și adresa de înființare a popririi din data de 10.08.2022 emise în dosarul nr. xyz.ex.2017 al executorului judecătoresc.

Pe de altă parte, Tribunalul observă că art. 703 C. pr. civ. nu reglementează împlinirea prescripției dreptului de a obține executarea silită ca un motiv de încetare a executării silite, în timp ce art. 707 alin. (2) C. pr. civ., deși menționează efectele împlinirii prescripției, nu face nicio referire la situația unei proceduri execuționale *pendinte* în care devine incidentă problema prescripției. De altfel, se observă că, de principiu, reglementarea prescripției dreptului de a obține executarea silită are în vedere ipoteza standard în care procedura execuțională ar fi declanșată după ce termenul ar fi fost deja împlinit, chiar dacă art. 709 alin. (2) C. pr. civ. menționează expres și a doua variantă, în care prescripția se poate împlini pe parcursul executării silite. Totuși, coroborând dispozițiile art. 703 și art. 707 C. pr. civ., Tribunalul observă că, inclusiv în cazul în care legiuitorul nu prevede expres că împlinirea termenului prescripției conduce la încetarea executării silite, *o atare concluzie se impune în mod obligatoriu* în raport de efectele pe care le produce împlinirea acestui termen, anume *stingerea dreptului de a obține executarea silită și orice titlu își pierde puterea executorie*. Ca atare, nicio procedură execuțională nu mai poate continua în lipsa unui titlu executoriu, respectiv în lipsa dreptului de a obține executarea. Drept urmare, aceste efecte ale unei prescripții împlinite echivalează cu încetarea executării silite. Or, în condițiile în care Tribunalul reține caracterul întemeiat al contestației la executare, termenul de prescripție fiind împlinit, în mod corespunzător va admite și petitul formulat în acest sens și va dispune încetarea executării silite în dosarul nr. xyz.ex.2017 al executorului judecătoresc ca urmare a prescripției dreptului de a obține executarea silită. În lipsa unei asemenea soluții, admiterea contestației la executare tocmai în considerarea prescripției împlinite ar lăsa o atare soluție fără consecințele juridice specifice care împiedică derularea în continuare a procedurii execuționale.

Din speța redată mai sus se desprind mai multe întrebări: în primul rând, dacă ne aflăm într-adevăr în prezența unei omisiuni a legiuitorului sau dispozițiile procesuale se coroborează altfel? În cazul unui răspuns negativ la prima interogare, evident că ar trebui identificate atare mijloace procesuale prin care prescripția dreptului de a obține executarea silită să producă efecte și atunci când survine pe parcursul unei executări *pendinte*. În plus,

se conturează întrebarea dacă nu cumva ar fi de competența exclusivă a executorului judecătoresc de a constata prescripția, iar persoana interesată (de regulă, chiar debitorul executat silit) să conteste un eventual refuz al executorului în cazul în care acesta nu ar reține impedimentul prescripției împlinite în timpul derulării procedurii execuționale. În atare împrejurare, se mai creionează o eventuală problemă, anume dacă executorul judecătoresc poate reține incidența prescripției ca motiv de încetare a executării silite, instanța de executare – în deplinătatea competențelor sale jurisdicționale – nu ar putea dispune aceeași măsură?

II.

Ordine și (mai multă) dezordine în procedura civilă (cu elemente de extraneitate)

Order and (More) Disorder in Civil Procedure (with Foreign Elements)

*Conf. univ. dr. Sergiu Popovici**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

1. Disponibilitate contra rol activ: posibilă mediere din partea contradictorialității?

Problema ridicată în intervenția inițială – rolul activ pe care instanța civilă ar trebui să îl manifeste în raport cu principiul disponibilității părților (mai exact, cel recunoscut reclamantului) atât prin limitele investiției primei instanțe, cât și sub aspectul influențării efectului devolutiv în cazul formulării unei cereri de apel – a avut ca punct de pornire ipoteza unei cereri în restituirea prestațiilor efectuate (preț plătit) pe motivul neexecutării serviciului contractat, fără ca în prealabil (sau concomitent) să fi fost solicitată rezoluțiunea contractului. Respectarea principiului disponibilității, în varianta lui strictă, a condus primele două instanțe la respingerea pretențiilor în absența unui petit expres de rezoluțiune a contractului. Instanța de recurs, însă, reținând absența unei motivări corespunzătoare, a considerat că primează rolul activ al instanței: în lumina art. 22 C. pr. civ., lipsa unei formulări sacramentale a petitului de rezoluțiune nu înseamnă că reclamanta nu l-a avut în vedere, aspect ce urmează a fi verificat în rejudecare.

Speța cu care m-am confruntat în practică, pe care mi-a amintit-o exemplul din intervenția inițială, a pornit de la cererea reclamantei de constatare a rezoluțiunii unui contract în temeiul incidenței unui pact comisoriu de gradul IV. Soluția Judecătoriei

* sergiu.popovici@e-uvr.ro.

Timișoara (nepublicată) a fost de respingere a cererii pe motiv că pactul comisoriu invocat este, în realitate, de grad inferior, și nu permite *constatarea* de către instanță a rezoluțiunii, ci exclusiv *dispunerea* judiciară acestei sancțiuni. Spre deosebire de speța din intervenția inițială, de această dată instanța de control judiciar (Tribunalul Timiș) a constatat că nu a existat o încălcare a principiului rolului activ sau al contradictorialității, deși instanța de fond nu pusese în niciun moment în discuția părților calificarea pactului comisoriu și, în mod evident, nici consecințele acestei calificări (soluție nepublicată).

Care principiu ar trebui să primeze? Are disponibilitatea o forță juridică superioară principiului rolului activ, sau dimpotrivă, instanța poate folosi art. 22 C. pr. civ. peste voința părților? Ar putea exista o variantă intermediară: cele două principii sunt complementare. Cred că e posibilă evitarea suprapunerii lor tocmai apelând la cronologia logico-temporală: pentru ca instanța să știe ce să dispună, ar trebui să stabilească în mod clar, mai întâi, ce urmăresc părțile, și să pună în discuția acestora orice posibilă neclaritate. Deși nu a menționat contradictorialitatea, instanța de control judiciar din speța descrisă în intervenția inițială a indicat faptul că nu este clar ce a intenționat reclamanta, iar acest aspect ar trebui lămurit neîndoielnic. Judecătorul are pârghii normative (ba chiar obligații) să lămurească, printre altele, și intenția părților: art. 14 alin. (4)-(6), art. 22 alin. (4), art. 224 C. pr. civ. etc.

Simetric, dacă în speța cu care m-am confruntat, înainte de a respinge cererea în urma recalificării pactului comisoriu instanța de judecată ar fi ridicat din oficiu acest aspect și l-ar fi supus atenției părților, oferindu-le posibilitatea să ofere lămuriri, soluția ar fi fost mai apropiată de realitatea factico-juridică din speță.

Odată lămurită poziția ambelor părți, raportul dintre disponibilitate și rol activ este reglementat expres în cel puțin două aspecte: instanța poate dispune probe contra voinței părților [art. 254 alin. (5)], dar nu poate depăși limitele investiției [art. 22 alin. (6)]. Pentru alte posibile suprapuneri concrete, discuția rămâne, desigur, (și mai) deschisă.

2. Ordinea de soluționare a excepțiilor – competența instanței sau timbrajul cererii: să adăugăm și competența internațională a instanței

Intervenția la care răspund supune atenției ipotezele în care procedura regularizării este exclusă expres, situație în care timbrarea și competența urmează a fi lămurite la același termen: poate instanța, deși nu a stabilit dacă este sau nu competentă, să se pronunțe asupra timbrării sau, dimpotrivă, până nu a fost achitată taxa judiciară de timbru, instanța nu poate da niciun fel de soluție, nici măcar asupra competenței?

Articolul inițial se referă la competența materială/funcțională a instanțelor. Putem adăuga la acestea competența internațională. În principiu, din punct de vedere cronologic aceasta trebuie lămurită înaintea oricăror prevederi interne de competență. De asemenea, tot în principiu, regulile privind competența internațională stabilesc doar dacă instanțele române sunt, în general, competente. Care instanțe române sunt competente rămâne o chestiune care va fi lămurită exclusiv din punctul de vedere al procedurii interne.

Putem porni discuția de la o hotărâre de speță a Judecătoriei Lugoj (nedefinitivă, nepublicată), prin care instanța a reținut că o acțiune având ca obiect executarea unei obligații contractuale nu cade sub incidența art. 7 alin. (1) din Regulamentul nr. 1215/2012

(Bruxelles 1 bis) dacă pârâta invocă lipsa dreptului de reprezentare ca motiv de nevalabilitate a respectivului contract.

Partea mai puțin complicată a acestei discuții a fost lămurită de timpuriu în jurisprudența Curții Europene de Justiție: materia contractuală la care făcea referire Convenția de la Bruxelles din 1968 privind competența internațională, recunoașterea și executarea transfrontalieră a hotărârilor judecătorești (aceeași materie contractuală care atrage incidența art. 7 alin. (1) din Regulament) va avea drept consecință stabilirea competenței în funcție de textul normativ în cauză *indiferent dacă este pusă în discuție sau nu validitatea respectivului contract*¹². Se evită astfel un posibil cerc vicios, stabilindu-se o cronologie juridico-temporală care permite, în vederea stabilirii competenței, alegerea textului normativ în materie contractuală independent de soluția pe fond care, în mod firesc, va fi ulterioară stabilirii competenței¹³.

Controversa, încă nelămurită de C.J.U.E., poate apărea din formularea diferită a textului art. 7 alin. (1) din Regulamentul Bruxelles 1 bis: „*O persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru poate fi acționată în justiție într-un alt stat membru: (...) în materie contractuală, în fața instanțelor de la locul de executare (s.n.) a obligației în cauză*”, față de formularea art. 4 alin (1) din același regulament: „*persoanele domiciliate pe teritoriul unui stat membru sunt acționate în justiție, indiferent de naționalitatea lor, în fața instanțelor respectivului stat membru*”. Diferența de formulare, deloc evidentă, constă în faptul că regula competenței în funcție de domiciliu trimite la competența instanțelor *statului membru de domiciliu*¹⁴, cât timp în materie contractuală este vorba despre instanțele *locului de executare*, nu ale *statului membru de la locul de executare*.

Subliniez că principiul interpretării autonome, în absența unei trimiteri pe care Regulamentul însuși să o facă la dreptul intern, exclude posibilitatea interpretării noțiunii *locului de executare* în funcție de prevederile interne. De asemenea, normele de competență din Regulamentul Bruxelles 1 bis ar trebui să aibă prioritate în raport cu normele naționale de competență, inclusiv normele de competență internă. Rămâne discuția: este diferența de formulare una întâmplătoare, sau vădește intenția legiuitorului european de a prevala inclusiv asupra regulilor de competență internă ale statelor membre, în vederea asigurării certitudinii juridice și a aplicării uniforme a regulilor din Regulamentul Bruxelles 1 bis?

Din punct de vedere al timbrării, în loc de concluzie mai rămân de analizat prevederile art. 45 alin. (1) lit. g) din O.U.G. nr. 80/2013, potrivit căroră „*Sumele achitate cu titlu de taxe judiciare de timbru se restituie, după caz, integral, parțial sau proporțional, la cererea petiționarului, în următoarele situații: (...) g) în cazul în care instanța de judecată se declară*

¹² C.J.C.E., Cauza 38/81, *Effer c. Kantner*, Hotărârea din 4 martie 1982, dispozitiv.

¹³ O soluție similară este consacrată, la nivel normativ, de art. 25 alin. (5) teza finală din Regulamentul Bruxelles 1 bis, potrivit căruia „*Valabilitatea unei convenții atributive de competență nu poate fi contestată doar pe motivul că respectivul contract nu este valabil*”.

¹⁴ Soluție care se înscrie în principiul sus-enunțat, anume că din punct de vedere intern, odată stabilită competența instanțelor române în general, care instanță din România are competență este apanajul exclusiv al legislației interne.

necompetentă, trimițând cauza la un alt organ cu activitate jurisdicțională, precum și în cazul respingerii cererii, ca nefiind de competența instanțelor române”.

E greu de contestat că textul are în vedere obligația achitării taxei de timbru înaintea pronunțării soluției asupra competenței. Nu este, însă, la fel de clar că acoperă și ipotezele unde procedura regularizării nu este incidentă, deci discuția rămâne, și de această dată, deschisă.

3. Prescripția dreptului de a cere executarea silită pentru executări deja în curs: posibilă mediere din partea perimării?

Întrebările pe care și le ridică autorul intervenției inițiale pornesc, în esență, de la următoarea problemă: poate interveni prescripția dreptului de a cere executarea silită pe parcursul executării?

Există o serie de prevederi legale care influențează răspunsul la această întrebare. Mai întâi prescripția afectează *obținerea executării silite*, conform art. 706 alin. (1) și art. 707 alin. (2) C. pr. civ. E necesar a se lămuri ce înseamnă obținerea executării: se referă la finalitatea executării, adică realizarea efectivă a creanței (cum expresia ar putea sugera, din punct de vedere gramatical) sau se referă exclusiv la obținerea *debutului procedurii de executare*? Partea inițială a art. 701 alin. (2) „(...) și orice titlu executoriu își pierde puterea executorie”, nu este decisivă: reglementează o consecință în plus, sau clarifică ce înseamnă stingerea dreptului de a obține executarea? Partea finală, care stabilește posibilitatea reluării executării după ce titlul executoriu își pierde puterea, în interiorul termenului de prescripție a executării silite, pare a susține a doua variantă.

Deși nu mi-am propus să ofer răspunsuri, înclin puternic a aprecia că omisiunea prescripției din cauzele de încetare a executării silite nu este întâmplătoare. Coroborată cu reglementarea de la art. 697-699 C. pr. civ. a perimării executării silite, prescripția pare că exclude posibilitatea *demarării procedurii executării*; odată începută executarea, efectele sale nu mai sunt afectate de prescripție, ci doar de perimare. Dacă asimilăm *obținerea executării silite* din formularea textelor de mai sus cu *obținerea începerii procedurii de executare*, problematica nu mai apare ca fiind atât de sensibilă. Cât timp există o procedură de executare silită în curs, prescripția nu are ce să stingă: ea privește exclusiv dreptul de a cere *executarea silită*, nu dreptul de a cere un anumit act de executare în cadrul unei proceduri aflate în desfășurare; perimarea este cea care vizează, punctual, actele de executare, pe parcursul procedurii de executare silită care nu a încetat în niciun fel. Nu cred că e întâmplător faptul că niciunde în Codul de procedură civilă nu există un termen de prescripție a executării silite care să curgă de la ultimul act de executare; punctul de pornire al prescripției este, invariabil, momentul în care titlul a devenit executoriu. Perimarea este instituția al cărei termen se calculează de la ultimul act de executare.

Rămâne deschisă, însă, în ceea ce mă privește, problema de fond, anume efectul unei popririi asupra cursului executării silite. Și acceptând că executarea nu se mai poate prescrie cât timp există un titlu executoriu, cum afectează poprirea unui cont perimarea este o problemă care merită discutată în continuare.

I.

Justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale: argumente

Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Arguments

Conf. univ. dr. **Laura-Maria Crăciunean-Tatu***
Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu,
Facultatea de Drept

***Cuvinte-cheie:** drepturi economice, drepturi sociale, drepturi culturale, norme juridice, drepturi fundamentale.*

***Keywords:** economic rights; social rights; cultural rights; legal norms; fundamental rights.*

I. Introducere

Înainte de a evidenția principalele rațiuni pentru care am ales această temă și de a prezenta, pe scurt, structura prezentului demers, considerăm că sunt utile câteva clarificări de natură terminologică. Acestea se referă la noțiunea de „justițiabilitate” și, respectiv, la sintagma „drepturi justițiabile”, care, fiind preluate din terminologia juridică engleză, ar putea fi de natură a genera unele inexactități de interpretare.

Astfel, din punct de vedere **terminologic**, în contextul prezentului demers, prin *justițiabilitate*¹ înțelegem *calitatea unei norme/reguli juridice de a putea fi invocată în fața unor organe jurisdicționale/cvasi-jurisdicționale și de a forma obiect al judecării, inclusiv prin pronunțarea unei decizii a unei instanțe de judecată/organ cvasi-jurisdicțional în ceea ce o privește iar prin drepturile justițiabile acele drepturi care conferă titularilor lor dreptul la un recurs legal, la acțiune, pentru a obține respectarea și punerea lor în aplicare sau care permit remedierea eventualelor încălcări, ori de câte ori debitorul obligației legale nu își respectă îndatoririle asumate pentru aducerea acestora la îndeplinire.* Apoi, justițiabilitatea drepturilor omului (civile și politice, economice, sociale și culturale) constituie un element cheie al implementării lor efective, deoarece conferă victimelor violărilor acestor drepturi posibilitatea de a avea acces la o instanță sau, după caz, la un organism cvasi-jurisdicțional, pentru a obține un remediu/o despăgubire pentru prejudiciul suferit prin nesocotirea/încălcarea/violarea dreptului vizat.

* laura-maria.craciunean@ulbsibiu.ro.

¹ A se vedea, pentru alte amănunte privind definirea termenului de justițiabilitate, și V. Bilkova, H. Huremagic, F. Kainz, *Justiciability of Human Rights*, in *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, 2022, pp. 370-378.

Sub aspectul **rațiunilor pentru care am ales această temă**, principalele argumente – dincolo de actualitatea, în sine a temei, de existența unor modificări în structura comunității internaționale ori în abordarea problematicii specifice drepturilor fundamentale de către știința dreptului internațional al drepturilor omului – au legătură cu faptul că justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale continuă să fie văzută încă – la nivelul unei părți a științei dreptului internațional al drepturilor omului și al statelor care sunt părți la aceste tratate – de o manieră conservatoare/clasică specifică anilor 1960, când au fost adoptate primele instrumente convenționale în materie. Astfel, deși justițiabilitatea apare ca un element prezent, de manieră indiscutabilă, în cazul drepturilor civile și politice, existența caracterului justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale continuă să fie obiect de controversă. Or, în ceea ce ne privește apreciem că, în lumina noilor dezvoltări de la nivelul dreptului internațional și al societății internaționale, sunt tot mai multe argumente pentru care această abordare conservatoare/clasică ar trebui să fie, dacă nu depășită, cel puțin reevaluată sau pusă sub semnul întrebării.

Așadar, potrivit abordării clasice, motivul major pentru care drepturile economice sociale și culturale au fost considerate ca lipsite de justițiabilitate ar fost natura lor juridică, care, ar fi diferită de aceea a drepturilor civile și politice. Această natură juridică diferită ar determina, în principal, trei diferențe între cele două categorii de drepturi și, pe cale de consecință, le-ar afecta justițiabilitatea făcând ca drepturile civile și politice să fie justițiabile, în schimb drepturile economice, sociale și culturale să fie lipsite de această justițiabilitate. Aceste trei diferențe, rezultate din natura juridică diferită a celor două categorii de drepturi, ar fi următoarele:

1. Drepturile civile și politice ar fi conectate cu și ar presupune, în general, *obligații negative*, respectiv conduite de abținere a statelor de a aduce atingere drepturilor, în timp ce drepturile economice, sociale și culturale ar da naștere unor *obligații pozitive*, care ar presupune o intervenție activă din partea statului, în vederea realizării drepturilor;

2. Ca urmare a existenței acestor obligații diferite pentru state (pozitive și, respectiv, negative), implementarea/punerea în aplicare a celor două categorii de drepturi ar fi diferită, deoarece drepturile civile și politice ar presupune obligații care ar trebui puse în aplicare *imediat*, în timp ce drepturile economice, sociale și culturale ar presupune o *implementare progresivă*, în limita resurselor maxime disponibile la nivelul fiecărui stat;

3. Implementarea/punerea în aplicare diferită a celor două categorii de drepturi presupune și intervenția unor actori diferiți iar, din punct de vedere temporal, o abordare diferită. Aceasta din urmă este conectată inclusiv cu diferențele care există între state din punct de vedere economic, social și cultural. Astfel, drepturile civile și politice, impunând conduite de abținere, vizează toate autoritățile statului și orice persoană fizică sau juridică iar lipsa de conformare a acestora dă dreptul titularului să se adreseze instanțelor de judecată, în vederea obținerii protecției dreptului încălcat. Așadar, instanțele de judecată se pot pronunța în privința acestor încălcări și pot impune obligații de conformare iar, în cazul în care, la nivel național, aceste remedieri nu sunt realizate, titularul dreptului are, în condițiile tratatelor internaționale la care statul respectiv este parte, deschis accesul la

instanțele sau organele cvasi-jurisdicționale internaționale. Toate elementele menționate anterior fac ca drepturile civile și politice să aibă un *caracter justițiabil*.

În schimb, drepturile economice, sociale și culturale, au fost considerate a fi, mai degrabă, cantonate în sfera politicilor guvernamentale, ar fi simple deziderate politice, dependente de deciziile bugetare ale unor state suverane diferite și, condiționate, într-o mare măsură, în ceea ce privește implementarea lor, de executiv, de existența și de alocarea fondurilor bugetare necesare. Mai mult, fiind dependente de resurse și date fiind diferențele dintre state sub aspect economic, social și cultural, implementarea lor nu se poate face decât progresiv, în limita acestor resurse. Acest lucru face ca drepturile economice, sociale și culturale, spre deosebire de cele civile și politice, să nu fie justițiabile, adică să nu dea dreptul titularului lor la acțiuni în fața unor organe jurisdicționale și cvasi-jurisdicționale, naționale și internaționale. Motivarea ar fi și aceea că o eventuală justițiabilitate a drepturilor economice, sociale și culturale, ar însemna, din perspectiva dreptului internațional al drepturilor omului, o limitare a deciziilor suverane ale statului în sfera politicilor sale publice din domenii precum cel fiscal, sănătate publică, asistență socială ori educație. Or, din perspectiva dreptului intern, o astfel de conduită ar echivala cu o imixtiune nepermisă a instanțelor de judecată sau a organelor cvasi-jurisdicționale, în sfera autorității executive iar, din perspectiva dreptului internațional, cu o intervenție în modul suveran în care statul își gestionează și distribuie resursele și își construiește politicile fiscale, sociale, de sănătate ori educație publică.

În modul acesta, deși, la nivel internațional, justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale nu reprezintă o idee juridică absolut nouă, ea nici nu este, pe deplin, acceptată ci continuă să constituie o preocupare importantă, a doctrinei de specialitate și a reprezentărilor statelor care sunt părți la diferitele tratate din materia drepturilor economice, sociale și culturale. Rațiunile sunt, evident, diferite: în cazul doctrinei, rațiunea principală a fost aceea că acesta a încercat să fundamenteze, din punct de vedere teoretic, anumite evoluții, în timp ce statele au dorit să clarifice conținutul juridic al unor obligații pe care și le-au asumat în temeiul unor tratate la care au devenit părți cu mai mult timp în urmă. În cel din urmă caz, au fost vizate fie fundamentarea unei abordări diferite în domeniul respectiv și evaluarea impactului ratificării unor instrumente convenționale noi (cum ar fi spre exemplu, la *Protocolul opțional la Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale*²), fie limitarea acestor evoluții și diminuarea activismului interpretativ al diferitelor organe jurisdicționale și cvasi-jurisdicționale. Factorii declanșatori au fost activitatea unor organizații non-guvernamentale specializate în sfera justițiabilității drepturilor economice, sociale și culturale precum și activitatea diferitelor organe cvasi-jurisdicționale internaționale care, interpretând tratatele respective ca instrumente vii, în lumina realităților actuale, au identificat în cuprinsul unor texte ale acestora obligații pe care statele părți au fost reticente să le accepte, considerând că nu fac parte din „înțelegerea inițială”. Situația drepturilor economice, sociale și culturale este, probabil, unul dintre cele mai bune exemple. La momentul adoptării *Pactului internațional cu privire la*

² Abreviat, în cele ce urmează, *PO-PIDESC*.

drepturile economice, sociale și culturale³, în anul 1966, drepturile economice, sociale și culturale nu aveau un conținut juridic clar fiind considerate simple „deziderate” politice față de care statele părți aveau o marjă mare de discreție; nu se bucurau de monitorizare cvasi-jurisdicțională, printr-un organ constituit explicit cu acest scop, ci beneficiau de o monitorizare strict politică din partea ECOSOC; nu exista posibilitatea depunerii de către persoanele fizice a unor comunicări/plângeri individuale, pentru eventuale încălcări ale acestor drepturi de către statele părți la Pact; nu se punea problema unei executări imediate a drepturilor prevăzute în Pact, însăși textul tratatului vorbind despre o realizare progresivă în limita resurselor maxime disponibile. Apoi, contextul politic internațional din anii care au urmat celui de al Doilea Război Mondial era unul care presupunea existența, la nivel ideologic, a două curente de gândire opuse care grupau statele în două blocuri cu interese opuse/divergente (est-vest). Încă de la acel moment, nivel național, justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale a fost abordată în mod diferit de state, de la opoziție în recunoașterea caracterului justițiabil al acestora (majoritatea statelor din blocul vestic), la acceptarea acestei justițiabilități (unele state din blocul estic) ori la poziții intermediare, în care să fie recunoscută justițiabilitatea unora dintre drepturile economice, sociale și culturale, de exemplu, a dreptului la educație, a dreptului la locuință (componentă a dreptului la un standard adecvat de viață) ori chiar a unor componente ale dreptului la sănătate (unele dintre statele din blocul vestic și unele dintre statele din blocul estic).

Apoi, în România, s-a scris și s-a dezbătut relativ puțin/marginal problema caracterului justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale. Încercările de a le aduce în discuție au fost, mai degrabă, catalogate drept demersuri asociate unei ideologii specifice blocului estic și în opoziție cu ideologia predominantă în blocul vestic. Pe cale de consecință, ele au fost, mai degrabă, puse sub semnul întrebării încă de la nivelul formulării premisei.

Așadar, cele de mai sus, constituie, apreciem noi, o parte dintre argumentele pentru care am apreciat că dezbaterăa unei astfel de teme, în contextul oferit de Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, poate constitui un element de noutate și interes, poate contribui la eliminarea unor preconcepții care vizează natura juridică și caracterul justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale, și poate constitui un punct de plecare pentru o eventuală reevaluare a acestora nu numai la nivelul doctrinei de specialitate din România dar și la nivel jurisdicțional și, de ce nu, legislativ.

Structura prezentului demers va fi una extrem de simplă, intervenția fiind structurată pe trei componente: o scurtă introducere (*Secțiunea I*), argumente în favoarea justițiabilității drepturilor economice, sociale și culturale (*Secțiunea a II-a*) și concluzii (*Secțiunea a III-a*).

II. Argumente

Deși tema este una generoasă, argumentele putând fi mai numeroase decât cele asupra cărora am ales să ne oprim, apreciem că structura de dezbatere propusă este una care ne va permite să abordăm doar un număr limitat de argumente care pledează în

³ Abreviat, în cele ce urmează, *PIDESC*.

favoarea recunoașterii caracterului justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale plecând de la faptul că natura juridică a acestora nu este una diferită de cea a drepturilor civile și politice. Unele dintre aceste argumente au fost deja menționate de doctrina de specialitate, altele constituie argumente cu un grad mai mare de noutate.

1. Un prim argument este acela al **unității, interdependenței, egalității și indivizibilității tuturor drepturilor omului** așa cum acestea rezultă din *Declarația Universală a Drepturilor Omului (DUDO)*, adoptată la 10 decembrie 1948⁴. Astfel, în mod similar drepturilor civile și politice, și drepturile economice, sociale și culturale pot fi protejate și impuse inclusiv prin hotărâri ale instanțelor de judecată/organelor cvasi-jurisdicționale. Valoarea simbolică a *DUDO*, afectată multă vreme de diviziunea est-vest și de încercarea de a justifica adoptarea a două tratate internaționale în materie (*Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*⁵ și *Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale*), a fost reafirmată în cadrul Conferinței Mondiale a Drepturilor Omului de la Viena din 14-25 iunie 1993, prin Declarația și Planul de Acțiune adoptate la finalul acesteia. Aceste documente ilustrează o revenire a statelor membre ONU la filosofia *DUDO*, prin reafirmarea unității, egalității, interdependenței și indivizibilității tuturor drepturilor omului, civile și politice, economice, sociale și culturale. Pe cale de consecință, și tratamentul lor celor două categorii de drepturi ar trebui să fie concordant acestei schimbări de optică. În plus, conceptul de bază care leagă cele două categorii de drepturi ale omului este acela de **demnitate umană**⁶ iar aceasta trebuie pusă în legătură cu existența unui minim substanțial/nivel minim de bază/a unor obligații minime care ar fi obligatoriu de respectat și protejat, în cazul fiecărui drept economic, social și cultural. Stabilirea unui astfel de minim substanțial ar clarifica conținutul acestor drepturi, ar limita lipsa lor de determinare ori caracterul lor vag și ar face posibilă intervenția instanțelor de judecată și/sau a organelor cvasi-jurisdicționale.

2. Un al doilea argument care pledează în favoarea justițiabilității drepturilor economice, sociale și culturale este **evoluția**⁷, în ultimele decenii, a **mecanismului de protecție a drepturilor economice, sociale și culturale, la nivel național și internațional**. Această evoluție a vizat mai multe aspecte.

Fără îndoială, cea mai importantă componentă a acestei evoluții s-a realizat prin adoptarea, la 10 decembrie 2008, și intrarea în vigoare, la 3 mai 2013, a *PO-PIDESC*. Protocolul oferă posibilitatea introducerii de plângeri/comunicări individuale de către persoanele fizice care au suferit o vătămare a unui drept economic, social sau cultural

⁴ Abreviată, în cele ce urmează, *DUDO*.

⁵ Abreviat, în cele ce urmează, *PIDCP*.

⁶ E. Decaux, O. de Schutter, *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Commentaire article par article*, Edition Economica, Paris, 2019, p. 10.

⁷ A se vedea, pentru alte amănunte, E. Reidel, G. Giacca, Ch. Golay, *The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law* în E. Reide, G. Giacca, Ch. Golay, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 3-48.

prevăzut în *PIDESC*, cu condiția ca statul în cauză să fie parte la *PO-PIDESC* (art. 2). Acest fapt i-a permis Comitetului pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale (CDESC)⁸ să demareze construirea unei jurisprudențe proprii și să clarifice conținutul unor drepturi precum dreptul la o locuință (art. 11 din *PIDESC*), dreptul la asigurări sociale (art. 9 din *PIDESC*) ori dreptul de a beneficia de progresul științific și de beneficiile acestuia (art. 15 din *PIDESC*). Această jurisprudență – în ciuda caracterului său limitat din punct de vedere substanțial și spațial – precum și recomandările individuale și structurale, adoptate de CDESC ca urmare a constatării unor încălcări ale drepturilor prevăzute în Pact, furnizează argumente importante pentru a susține caracterului justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale.

La nivel doctrinar, justițiabilitatea a fost sprijinită prin abordarea drepturilor economice, sociale și culturale prin prisma violărilor⁹, în mod similar drepturilor civile și politice precum și printr-o serie de demersuri menite să justifice inexistența unei naturi juridice diferite pentru cele două categorii de drepturi ale omului. Apoi, majoritatea drepturilor prevăzute în *PIDESC*, au fost clarificate în privința conținutului lor substanțial, prin intermediul *Comentariilor generale* adoptate de CDESC.

În plus, chiar și în cazul statelor care nu sunt părți la *PO-PIDESC*, recomandările adoptate în contextul procedurii de raportare periodică, permit CDESC reafirme caracterul indivizibil al tuturor drepturilor omului și să discute despre justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale, în mod sistematic. Astfel, în contextul dialogului constructiv, CDESC formulează întrebări în legătură cu implementarea *PIDESC* la nivel național ori cu invocarea acestuia în fața instanțelor judecătorești naționale și solicită statelor-părți inclusiv exemple de hotărâri judecătorești prin intermediul cărora s-a procedat la protejarea drepturilor prevăzute în *PIDESC*. Uneori, ca urmare a acestor demersuri, un număr tot mai mare de state conferă, la nivel național, caracter justițiabil tuturor sau unora dintre drepturile economice, sociale și culturale.

În final, această reformă în sfera drepturilor economice, sociale și culturale, în general, a fost posibilă și datorită faptului că justițiabilitatea unora dintre drepturile economice, sociale și culturale fusese deja afirmată în contextul implementării unora dintre convențiile specializate ale ONU, multe dintre acestea fiind adoptate ulterior adoptării *PIDESC* (de exemplu, mecanismele privind comunicările individuale consacrate de *Convenția ONU privind persoanele cu dizabilități*, *Convenția ONU privind protecția drepturilor femeii* etc.).

3. Drepturile economice, sociale și culturale au încetat să aibă un conținut vag sau, cel puțin, acest caracter vag a fost mult diminuat nu numai printr-o serie de clarificări în sfera conținutului drepturilor economice, sociale și culturale dar și prin **enunțarea obligațiilor** pe care le au statele părți în vederea implementării acestor drepturi. Aceste obligații, la fel ca și în cazul drepturilor civile și politice, cunosc o împărțire tripartită și includ: **obligația de a**

⁸ Abreviat, în cele ce urmează, CDESC.

⁹ Olivier De Schutter, *International Human Rights Law. Cases, materials, commentary*, Cambridge University Press, 2012, p. 501.

respecta, obligația de a proteja și obligația de a aduce la îndeplinire și, de asemenea, pot fi **obligații pozitive și obligații negative**, indiferent de drepturile care ar fi în discuție. Mai mult, obligația de a aduce la îndeplinire nu trebuie desființată prin simplul fapt că executarea nu se realizează imediat, ci *PIDESC* prevede îndeplinirea ei progresivă în limita resurselor disponibile. Așadar, implementarea obligației poate fi făcută gradual, fără ca prin aceasta să fie pusă în discuție însăși existența ei¹⁰ iar resursele pe care trebuie să le mobilizeze statele pentru a aduce la îndeplinire drepturile economice, sociale și culturale pot să fie obținute și prin asistență și cooperare internațională, în condițiile art. 2 alin. (1) și (3) din *PIDESC*. În plus, CDESC a statuat că realizarea progresivă nu este „o licență” care permite statelor să rămână în pasivitate¹¹ ci statele trebuie să adopte toate măsurile necesare, inclusiv de natură legislativă, pentru a respecta, proteja și a aduce la îndeplinire drepturile prevăzute în *PIDESC* [art. 2 alin. (1) din *PIDESC*].

4. Continuând ideea de la punctul precedent, așa cum precizam și anterior, realizarea progresivă nu înseamnă discreție totală a statelor în ci: **a.** există un conținut minim/de bază al fiecărui drept economic, social și cultural iar acest conținut trebuie să fie realizat; **b.** există interdicția retrogresiunii și **c.** există, în temeiul *PIDESC*, în ciuda formulării cuprinse în art. 2 alin. (1), și **obligații de executare imediată** cuprinse, în special, în art. 2 alin. (2) din Pact.

CDESC a statuat acest lucru în *Comentariul general nr. 20 privind interdicția discriminării în materia drepturilor economice, sociale și culturale*¹². Comentariul subliniază că eliminarea discriminării în materia drepturilor economice, sociale și culturale constituie o obligație imediată¹³ ce transpare din textul Pactului iar statele părți trebuie să garanteze exercitarea drepturilor fără niciun fel de discriminare, fie că este vorba despre discriminare formală ori discriminare substanțială, de discriminare directă sau indirectă sau chiar de discriminare sistemică¹⁴. Implementarea națională a interdicției oricărei discriminări presupune, din partea statelor, nu numai obligația de a se abține de la acțiuni discriminatorii ci de a lua măsuri concrete, deliberate și orientate către adevăratele probleme, în așa măsură încât discriminarea în exercitarea drepturilor economice, sociale și culturale să fie eliminată. Măsurile legislative trebuie completate de politici, planuri și strategii anti-discriminare și

¹⁰ A.P.M. Coomans, *De Internationale Bescherming van het Recht op Onderwijs (The International Protection of the Right to Education)* Stichting NJCM, Boekerij 20, Leiden/Maastricht, 1992, p. 32.

¹¹ CDESC, *Comentariul general nr. 3 Natura obligațiilor statelor părți* (art. 2 par. 1 din *PIDESC*), E/199/23/1990.

¹² CDESC, *Comentariul general nr. 20 din 10 iunie 2009 privind interdicția oricărei discriminări în materia drepturilor economice, sociale și culturale*.

¹³ A se vedea pentru mai multe amănunte privind conținutul *Comentariului general nr. 20 din 10 iunie 2009* și L.-M. Crăciunean, *Protecția drepturilor culturale în dreptul internațional*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 133-135.

¹⁴ Discriminarea sistemică este considerată a fi adânc înrădăcinată în comportamentul social și organizațional, se manifestă de multe ori sub formă de discriminare indirectă și este definită la punctul 11 al *Comentariului general nr. 20* de următoarea manieră: „*existența unor reguli juridice, politici, practici sau atitudini culturale predominante, în sfera publică și/sau privată, ce creează o situație relativ dezavantajoasă pentru unele grupuri și privilegii pentru altele*”.

este obligatorie crearea de instituții și mecanisme care să se ocupe efectiv de eliminarea și combaterea discriminării.

5. Deși, de multe ori, s-a afirmat că justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale ar putea să aducă atingere principiului separației puterilor în stat, apreciem că într-un stat de drept, este firesc să existe un anumit control asupra modului în care sunt utilizate resursele publice iar combaterea unor fenomene care sunt de natură să limiteze sau să deturneze aceste resurse, precum corupția, ar trebui să fie abordate de state prin măsuri eficiente. În caz contrar, statul ar putea să fie ținut culpabil pentru încălcarea drepturilor economice, sociale și culturale deoarece nu a gestionat, alocat și cheltuit aceste resurse în așa fel încât să facă posibilă realizarea drepturilor. În plus, discutarea opțiunilor bugetare nu ar trebui să fie discreționară ci fundamentată, iar **statul de drept** semnifică, printre altele, și protejarea demnității ființei umane. Or, acest lucru se poate realiza doar prin **protejarea, în egală măsură, a drepturilor civile și politice dar și a drepturilor economice, sociale și culturale.**

6. **Interdependența economică, socială și chiar culturală a statelor**, suveranitatea lor din ce în ce mai limitată în sfera deciziilor financiare și fiscale (mai ales în interiorul unor organizații internaționale de integrare, precum Uniunea Europeană) ar trebui, de asemenea, să constituie argumente în sprijinul justițiabilității drepturilor economice, sociale și culturale în condițiile în care, deciziile financiare și fiscale ale unui membru îi afectează pe toți ceilalți.

7. Caracterul justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale prezintă importanță și în contextul **contribuției drepturilor economice, sociale și culturale la realizarea unei dezvoltări durabile**, respectiv a conștientizării faptului că resursele naturale planetare nu sunt nelimitate iar statele ar trebui să gândească utilizarea acestor resurse nu numai cu luarea în considerare a unor praguri minime ci și a unor praguri maxime¹⁵, peste care utilizarea ar deveni lipsită de sustenabilitate. Astfel, există o importantă relație între dezvoltarea durabilă și drepturile omului, inclusiv drepturile economice, sociale și culturale, în condițiile în care creșterea economică singură nu a dus la dezvoltare durabilă ci, dimpotrivă, a adâncit inegalitatea diverselor grupuri socio-economice precum și discriminarea. Așadar, pentru ca dezvoltarea să fie durabilă trebuie să includă pe lângă creștere economică și luarea în considerare a principiilor egalității și non-discriminării. Iar în opinia CDESC, dezvoltarea durabilă include dezvoltarea socială, creșterea economică și protejarea mediului înconjurător și prin aceasta prezintă numeroase conexiuni cu implementarea/realizarea drepturilor economice, sociale și culturale¹⁶.

¹⁵ K. Rawworth, *Doughnut Economics. Seven Ways to Think Like a 21-st Century Economist*, Penguin Books, 2022.

¹⁶ CDESC, Statement in the context of Rio+20 Conference on *The green economy in the context of sustainable development and poverty eradication* (2012).

III. Câteva concluzii

Apreciem că argumentele de mai sus constituie un punct de plecare important în discutarea, la nivel național, a caracterului justițiabil al drepturilor economice, sociale și culturale, în deschiderea discuției cu privire la necesitatea ratificării de către România a *Protocolului opțional la Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale*, în conștientizarea faptului că instanțele naționale au resursele juridice necesare, provenite din dreptul intern dar și din tratatele la care statul român este parte, pentru a aborda încălcările ale drepturilor economice, sociale și culturale, de aceeași manieră ca și în cazul drepturilor civile și politice. Și, nu în ultimul rând, existența unui minim substanțial al acestor drepturi, facilitează punerea lor în legătură cu respectarea demnității umane, ca resursă ideologică fundamentală nu numai pentru Declarația Universală a Drepturilor Omului, ca document, ci pentru însăși ființa umană, a cărei complexitate face imposibilă separarea și tratarea diferită a celor două categorii de drepturi ale omului: civile și politice și, respectiv, economice, sociale și culturale. În plus, societatea internațională existentă la finalul celui de al Doilea Război Mondial nu este aceeași cu societatea internațională actuală. În condițiile dezvoltării tehnologice și a mobilității fără precedent a persoanelor, aceasta din urmă este marcată puternic de interdependența, interconectarea și chiar imposibilitatea delimitării stricte dintre state în domenii precum cel economic, financiar sau social fapt care fac, practic, imposibile abordările unilaterale sau unidirecționale fără ca însăși fundamentul filosofiei drepturilor omului, demnitatea ființei umane, să nu fie afectat.

II.

Justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale cu + sau cu - ?

Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: With a Plus or a Minus?

*Conf. univ. dr. Lucian Bojin**
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Nu am de gând să o contrazic „pe fond” pe Laura Crăciunean-Tatu. Cu alte cuvinte, nu am de gând să contest dezirabilitatea unei justițiabilități complete (sau aproape complete) a drepturilor sociale, economice și culturale. Împărtășesc cu autoarea ideea valorii și

* lucian.bojin@e-uvt.ro.

importanței drepturilor fundamentale, precum și ideea că umanitatea are o sarcină morală în direcția progresului. Ambele premise, comune nouă, justifică pledoaria Laurei Crăciunean în favoarea justițiabilității drepturilor sociale, economice și culturale.

Replica mea va fi, așadar, mai degrabă de tip „corectiv”, decât o antiteză propriu-zisă. Replica va fi ghidată mai degrabă de un tip de pragmatism decât de argumente strict juridice (de drept pozitiv). S-ar putea să fiu un „conservator”, după cum zice profesoara Laura Crăciunean. Dar, până la urmă, ceea ce fac este să accept invitația din textul său, aceea ca cei conservatori măcar să-și reevalueze opiniile.

Selectiv, așadar, câteva semne de întrebare pe care le ridic cu privire la câteva dintre argumentele Laurei Crăciunean.

1. Primul argument al Laurei Crăciunean este acela al concepției *unității, interdependenței, egalității și indivizibilității tuturor* drepturilor omului, concepție afirmată în Declarația Universală a Drepturilor Omului (DUDO). Această concepție nu ar autoriza diferența de justițiabilitate între drepturile civile și politice, pe de o parte, și cele economice, sociale și culturale, pe de altă parte. De asemenea, această concepție ar exprima cel mai bine valoarea fundamentală a demnității umane, care stă la baza înșeși ideii de drepturi ale omului.

Fără discuție că demnitatea umană stă la baza drepturilor omului și că ea este indivizibilă. La nivel filosofico-normativ (adică de justificare a unor norme de drept pozitiv), sunt dispus să accept și ideea „unității și interdependenței” drepturilor omului. Însă nu văd cum această concepție ar putea fi pusă în practică ca atare. O văd mai degrabă ca un ideal spre care e bine să tindem, dar și să știm că nu îl vom putea atinge. Demnitatea umană este indivizibilă, dar există un motiv pentru care avem un catalog de diferite drepturi ale omului și nu un singur drept, atoatecuprinzător, la demnitate¹⁷. Acest motiv este unul extrem de pragmatic, acela că exprimarea și protecția demnității umane presupune satisfacerea unor nevoi de tip diferit ale indivizilor umani. Aceste nevoi sunt ierarhizate, spre exemplu în piramida lui Maslow. Prima nevoie umană este aceea de securitate. Nici măcar nu există un drept fundamental la securitate, dar există protecția împotriva privării arbitrare de libertate sau interdicția tratamentelor inumane sau degradante.

Faptul că avem drepturi diferite care, poate, apără aceeași valoare se datorează concepției pragmatice, venite din dreptul anglo-saxon, potrivit căreia „remediile precedă drepturile”. Această concepție afirmă că un drept fără remediu este un drept iluzoriu. Se prea poate ca drepturile să fie interdependente, egale și indivizibile. Dar remediile nu sunt așa. Unele remedii sunt mai simple de pus în practică, altele mai greu, iar altele pot fi doar imperfecte. Această distincție justifică și argumentul (menționat de Laura Crăciunean) al

¹⁷ Sunt multe discuții cu privire la valoarea juridică a demnității umane în construcția juridică a drepturilor fundamentale. Pentru unii, dreptul la demnitate este un drept propriu-zis, pentru alții este valoarea fundamentală care este protejată de toate drepturile fundamentale ale omului. Fără a dori să intru în aceste discuții, mă mulțumesc să remarc că, și în ipoteza în care dreptul la demnitate este considerat un drept propriu-zis, nu se pune problema ca el să înlocuiască celelalte drepturi, deși, din punct de vedere filozofic, celelalte drepturi ar putea să-i fie subsumate. Aceasta înseamnă că abordarea pragmatică în materia drepturilor fundamentale, apărută în acest articol, nu poate fi înlocuită cu succes de o abordare de tip normativ moral.

capacităților diferite (și eventual cu evoluție graduală) ale statelor de a pune în aplicare măsuri pozitive de protecție a drepturilor economice, sociale și culturale.

2. Cea mai problematică dintre cele patru calificări ale tuturor drepturilor omului mi se pare cea a „egalității” acestora. Nu cred că putem contesta în mod rezonabil că protecția împotriva priverii arbitrare de libertate sau interdicția torturii sunt mai importante decât oricare dintre drepturile economice, sociale și culturale. Oricât ne-am dori să nu fie așa, sunt încă multe locuri în lume în care oamenii obișnuiți sunt omorâți fără motiv de regimuri politice dictatoriale sau de formațiuni paramilitare, în care oamenii obișnuiți sunt arestați arbitrar sau răpiți, iar apoi sunt torturați. Mă îndoiesc că acestor biete ființe umane, a căror demnitate este ignorată în mod neomenesc, le pasă în acele momente de drepturi economice, sociale sau culturale. Aceste drepturi devin importante abia când securitatea și măcar o anumită doză de libertate le este recunoscută și protejată. Pe scurt, nu cred că „concepția DUDO” exclude ierarhizarea între drepturile fundamentale și este destul de clar că cele civile și politice vin înaintea celor economice sociale și culturale.

Cu alte cuvinte, „interdependență și indivizibilitate” a drepturilor – poate că da (deși nu sunt sigur că ajută la ceva, în afară de faptul că sună bine), „egalitate” – eu spun răspicat că nu.

3. Dacă nu acceptăm cele de mai sus, putem sfârși în situații în care întreaga construcție intelectuală a drepturilor fundamentale bazate pe *demnitatea umană egală* să fie deturnată de la scopul și idealul său. Să luăm exemplul Republicii Populare Chineze, un stat pe care multă lume nu îl consideră „prietenos” cu drepturile omului. Nu odată oficialii ai acestui stat au afirmat explicit că „drepturile omului” sunt o formă de imperialism cultural al Occidentului și un instrument de a-și exercita dominația asupra statelor non-occidentale.

Republica Populară Chineză și-a dezvoltat un sistem propriu de „drepturile omului”, în care două drepturi vin înaintea tuturor celorlalte¹⁸: dreptul la subzistență¹⁹ și dreptul la dezvoltare (care e al națiunii, nu al indivizilor). De asemenea, această concepție nu consideră drepturile ca inerente (naturale), ci ca fiind condiționate de pre-existența „stabilității”²⁰: „stabilitatea este precondiția realizării drepturilor omului, dezvoltarea este cheia lor, iar construcția juridică este garanția lor”.

În Rusia contemporană, un stat în care mafioți îndeplinesc funcții publice, iar ziaristii care critică guvernul intră la închisoare, se spune că „pactul constituțional” (nu în sens formal, evident) este acela că cetățenilor le sunt permise libertățile de a se bucura de viața privată, însă nu și acelea politice.

¹⁸ Pinghua Sun, *Human Rights Protection System in China*, Springer, 2014, p. 86.

¹⁹ Dreptul la subzistență merită discuții aprofundate, de genul celor care se poartă în literatura contemporană. Însă un „drept la subzistență” a cărui funcție este de a bloca drepturile legate de libertate nu poate fi, cu adevărat, un drept fundamental.

²⁰ The national cadre training materials editing steering committee (Ed.), *Cadre chrestomathy on human rights knowledge*, Beijing: People’s Publishing House/Party Building Books Publishing House, 2006, p. 48, *apud* Pinghua Sun, *op. cit.*, p. 95.

În ambele cazuri, nu putem vorbi de un sistem de drepturi fundamentale ale omului, bazate pe demnitatea umană (adică drepturi naturale), ci de sisteme de management social, în care libertățile sunt date sau retrase în funcție de potențialul pericol al oamenilor de rând pentru puterea politică. Cu alte cuvinte, „drepturile omului” sunt mecanisme de incentivare pozitivă sau negativă, dar în niciun caz drepturi.

Aici pot întrezări și câteva contra-argumente din partea Laurei Crăciunean. Mai întâi, că egalitatea drepturilor omului ar interzice genul de ierarhizare pe care îl propune doctrina chineză. Apoi că, cel puțin în cazul minorității musulmane uigure, drepturile culturale sunt la fel de importante ca cele politice. Cu acest ultim punct mi-ar fi greu să nu fiu de acord, iată că poate am găsit și un „loc de întâlnire”: de la caz la caz și de la context la context, drepturile sociale, economice sau culturale s-ar putea să fie pe o poziție de egalitate cu cele civile și politice.

4. Am să „sar” direct la argumentele al șaselea și al șaptelea ale Laurei Crăciunean întrucât argumentele 2-5 sunt mai degrabă tehnice și nu mă îndoiesc că practica internațională a demonstrat că, *cel puțin în anumite contexte*, unele drepturi economice, sociale și culturale îndeplinesc toți parametrii de justițiabilitate. Argumentul al șaselea scoate în evidență faptul că interdependența statelor le relativizează suveranitatea, așa încât argumentul imixtiunii internaționale în stabilirea politicilor interne își pierde din greutate. Argumentul al șaptelea subliniază, în schimb, importanța drepturilor economice, sociale și culturale în urmărirea imperativului dezvoltării durabile. De altfel, recente decizii judiciare din Olanda și Spania privind obligațiile statului în materia gestionării schimbărilor climatice probează, fără îndoială, justițiabilitatea drepturilor sociale, economice și culturale, din moment ce problema schimbărilor climatice s-ar încadra cel mult în dreptul la mediu, care este discutabil dacă se încadrează în categoria drepturilor discutate sau este chiar și mai „progresiv” decât acestea.

Critica pe care o formulez aici este că interdependența, așa cum s-a văzut, nu este un fenomen ireversibil. Dimpotrivă, se pare că intrăm într-o epocă de recul al interdependenței. Este, cu siguranță, adevărat în ceea ce privește interdependența globală. Însă s-ar putea să fie adevărat și cu privire la interdependența în interiorul alianțelor în sens larg (spre exemplu, lumea occidentală, statele NATO, sau chiar statele UE). În acest context, argumentul privind relativizarea suveranității s-ar putea să nu treacă testul realității.

În plus, dacă reculul interdependenței va fi însoțit de o creștere a confruntării, avantajele care ar putea fi constituite de o justițiabilitate mai mare a drepturilor economice, sociale și culturale (spre exemplu, societăți mai echitabile, o protecție sporită acordate minorităților) ar putea să se transforme în costuri. Așa cum s-a văzut, anumite aspecte de politică internă care sunt valorizate favorabil din perspectiva drepturilor fundamentale (democrația liberală, pluralismul politic – care pun în valoare drepturilor civile și politice), pot constitui, paradoxal, dezavantaje în confruntarea cu inamici fără scrupule (a se vedea utilizarea libertății de exprimare din societățile liberale de către propaganda statelor autoritare menită să dezinformeze și să polarizeze pentru a destabiliza respectivele societăți). Este preferabil să nu fim puși în postura de a alege între apărarea valorilor fundamentale ale organizării politice interne a statelor și securitatea statelor. Dar dacă va fi

de făcut o alegere între justițiabilizarea drepturilor economice, sociale și culturale și securitate, nu am niciun dubiu cu privire la alegerea care se va face.

S-ar putea, așadar (deși îmi doresc contrariul), ca drepturile economice, sociale și culturale justițiabile să rămână „produse de lux” pentru societățile dezvoltate și integrate (Uniunea Europeană) și să rămână intangibile pentru zonele din lume unde poate că este nevoie chiar mai mare de ele.

Cuprins

Cuvânt-înainte la primul număr special al Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept dedicat Conferinței Ideilor Juridice Noi – Prof. univ. dr. Lucian BERCEA.....	3
I. Acordul asupra elementelor esențiale ale contractului – acordul suficient – condiție <i>sine qua non</i> a încheierii contractului Conf. univ. dr. Florin I. MANGU	5
II. Acordul suficient și contractul insuficient Prof. univ. dr. Lucian BERCEA.....	17
I. Particularitățile regimului juridic al perimării cererii de chemare în judecată suspendate pentru introducerea în cauză a moștenitorilor Conf. univ. dr. Florina POPA.....	20
II. Scurte considerații privind particularitățile regimului juridic al perimării cererii de chemare în judecată suspendate pentru introducerea în cauză a moștenitorilor Prof. univ. dr. Daniel GHIȚĂ	25
I. Limitele principiului rolului activ al judecătorului în procesul civil Prof. univ. dr. Claudia ROȘU	30
II. Rolul activ al judecătorului Conf. univ. dr. Sebastian SPINEI	33
I. <i>Ne quid nimis</i> : realități și perspective ale principiului proporționalității în dreptul administrativ Conf. univ. dr. Violeta STRATAN	36
II. Răspuns Conf. univ. dr. Alin TRĂILESCU	42
I. Reprezentantul bolnavului mintal Asist. univ. dr. Dorin JOREA	46

II. Reprezentantul persoanei cu deficiențe intelectuale și psihosociale Drd. Sergiu CĂILEANU	56
I. Biocentrismul juridic – oglindirea ideologiei <i>deep ecology</i> în drept Dr. Dumitru BALEA.....	61
II. <i>Deep ecology? Deep thinking!</i> sau despre importanța ideilor absurde Lect. univ. dr. Alexandra MERCESCU	68
I. Dreptul persoanelor și transumanismul. Reificarea ființei umane și personificarea mașinii Conf. univ. dr. Lavinia TEC	73
II. Răspuns Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU	78
I. <i>Coincidentia oppositorum</i> : arestatul preventiv este noul nevinovat? Conf. univ. dr. Flaviu CIOPEC	82
II. Arestatul preventiv este (în continuare) nevinovat Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA	87
I. Conexiuni familiale în contextul măsurii plasamentului – menținerea legăturilor de familie cu ajutorul tehnologiei digitale Asist. univ. dr. Ana-Maria GOLDAN.....	91
II. <i>Face time to no time</i> Conf. univ. dr. Adina R. MOTICA	95
I. Deciziile preliminare ale Curții de Justiție a Uniunii Europene în ipostaze inedite: situațiile pur interne și actele <i>soft law</i> Lect. univ. dr. Anamaria GROZA.....	100
II. Ipostaze inedite sau <i>judicial restraint</i> în evoluție? Conf. univ. dr. Sorina DOROGA.....	106
I. Reflexii verzi-albăstrii ale proprietății. Studiu comparativ Conf. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN.....	109

II. Limitarea dreptului de proprietate – un instrument juridic pentru asigurarea unui mediu sănătos Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN	114
I. Este necesară o metodologie a construirii hotărârii judecătorești? Lect. univ. dr. Dana-Maria DIACONU	121
II. <i>Sui generis</i> : dilema dintre uniformitate și unicitate în justiție – răspuns la articolul „este necesară o metodologie a construirii hotărârii judecătorești?” Conf. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD	125
I. Ordine și dezordine în procedura civilă Asist. univ. dr. Cătălin LUNGĂNAȘU	130
II. Ordine și (mai multă) dezordine în procedura civilă (cu elemente de extraneitate) Conf. univ. dr. Sergiu POPOVICI	138
I. Justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale: argumente Conf. univ. dr. Laura-Maria CRĂCIUNEAN-TATU	142
II. Justițiabilitatea drepturilor economice, sociale și culturale cu + sau cu - ? Conf. univ. dr. Lucian BOJIN	150

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

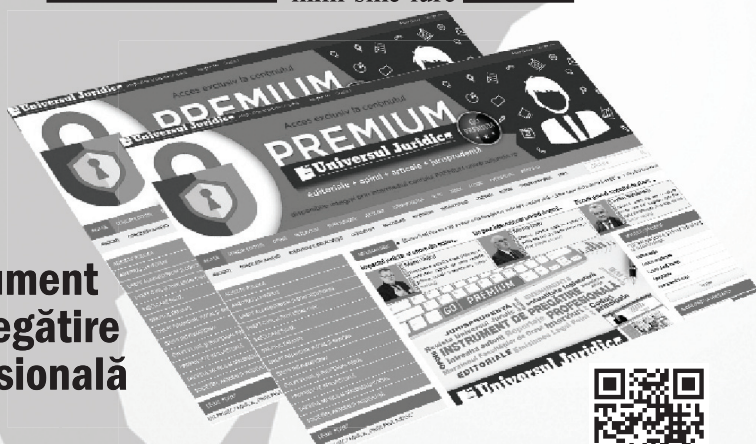
www.ujmag.ro



ujmagro
UNIVERSUL JURIDIC MAGAZIN

Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro



instrument
de pregătire
profesională



- P**ARTENERIAT Suntem o comunitate impresionantă
– peste **40.000** de membri activi
- O**NLINE Conținut juridic de calitate disponibil
de pe orice dispozitiv:
laptop, mobil sau tabletă
- R**EZULTATE Puteți accesa informații juridice reale, certificate
editorial, necesare activității dvs., în orice moment,
sub **semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu**
- T**RADIȚIE În **23 ani** am devenit cel mai important actor al
pieței editoriale juridice! Peste **2.000** de titluri,
1.000 de autori, **12 reviste juridice**. Acum și online!
- A**RTICOLE Peste **10.000** de pagini de conținut
profesional structurat pe **12 secțiuni**,
pentru a facilita accesul la conținutul relevant
- L**EGISLAȚIE Modificări legislative, legi promulgate,
decizii CCR și ICCJ, proiecte de legi

ALĂTURĂ-TE CELOR 40.000 de profesioniști!
BENEFICIAZĂ de avantajele contului premium: **GO PREMIUM!**
Testează și convinge-te!

www.universuljuridic.ro

[B] BIBLIOLEX®

BIBLIOTECA TA JURIDICĂ VIRTUALĂ

MODULUL EXECUTARE Silită

MODULUL INSOLVENȚĂ

MODULUL DREPT NOTARIAL

REVISTELE EDITURII UNIVERSUL JURIDIC

www.bibliolex.ro

Contact: bibliolex@universuljuridic.ro, 0757629182

